

**Le caractère artificiel de la théorie
de l'abus de droit
en droit international public**

Thèse

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

JEAN-DAVID ROULET

IMPRIMERIE CENTRALE S.A. - NEUCHÂTEL

1958

**Le caractère artificiel de la théorie
de l'abus de droit
en droit international public**

Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public

Thèse

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

JEAN-DAVID ROULET



IMPRIMERIE CENTRALE S.A. - NEUCHÂTEL

1958

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

Le Conseil de la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la thèse de M. Jean-David Roulet, intitulée :

*Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit
en droit international public.*

Il ne donne ni approbation ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 2 août 1958.

Le doyen de la Faculté de Droit :
Raymond JEANPRÊTRE

A MES PARENTS

*Till thou canst rail the seal from off my bond,
Thou but offend'st thy lungs to speak so loud;
Repair thy wit, good youth, or it will fall
To cureless ruin. I stand here for law.*

SHAKESPEARE, *The Merchant of Venice*

Nous tenons ici à remercier profondément MM. les professeurs de droit international de l'Université de Neuchâtel, de la London School of Economics and Political Science et de University College, Londres, et tout particulièrement MM. H. Thévenaz, Mann, D. H. N. Johnson et B. Cheng, pour les précieux conseils qu'il nous ont apportés dans la préparation de cette thèse.

ABRÉVIATIONS

AJIL	American Journal of International Law
Ann. Dig.	Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
Annuaire français	Annuaire français de droit international
Annuaire IDI	Annuaire de l'Institut de droit international
Annuaire suisse	Annuaire suisse de droit international
ATF	Recueil des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGB	Deutsches bürgerliches Gesetzbuch
BYB	British Yearbook of International Law
CCF	Code civil français
CCI	Code civil italien
CCS	Code civil suisse
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CIJ	Cour internationale de Justice
CLP	Current Legal Problems
COS	Code fédéral suisse des obligations
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
ICJ	International Court of Justice
IDI	Institut de droit international
JdT	Journal des tribunaux
ONU	Organisation des Nations Unies
OZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RCIJ	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice
RCPJI	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour permanente de Justice internationale
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée
Revue hellénique	Revue hellénique de droit international
RGDIP	Revue générale de droit international public
RSAONU	Recueil des sentences arbitrales, édité par l'Organisation des Nations Unies
SDN	Société des Nations
YBWA	Yearbook of World Affairs
ZaöR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZVR	Zeitschrift für Völkerrecht

INTRODUCTION

Bien que, selon certains auteurs, la théorie de l'abus de droit ait déjà été connue à l'origine même de la science juridique¹, elle naquit en réalité à une époque relativement récente, du moins sous la forme qu'elle revêt aujourd'hui. Apparue timidement dans la jurisprudence française il y a environ une centaine d'années, elle ne tarda pas à préoccuper, voire à diviser une partie importante de la doctrine de droit interne, pour atteindre son apogée au début de ce siècle.

Quelques décennies plus tard, tandis que les controverses commençaient à s'apaiser, elle gagna subitement le plan international sous l'impulsion du célèbre cours de Politis à l'Académie de droit international de La Haye². Au lendemain de la première guerre mondiale, l'espoir d'édifier une communauté internationale établie sur l'indépendance et la coopération des Etats, et la création de la Société des Nations, reléguèrent au second plan la doctrine de la souveraineté absolue, cause, disait-on, de tous les malheurs. Bénéficiant ainsi de circonstances historiques favorables, les propositions de l'illustre auteur secouèrent littéralement la doctrine internationale et suscitèrent bien vite d'innombrables réactions, car chacun s'estimait obligé d'exprimer son avis à l'égard de cette nouvelle théorie.

Conformément aux lois de la mode, la théorie de l'abus de droit perdit par la suite une partie de son actualité. La prudence des tribunaux internationaux, l'échec partiel de la Société des Nations, les prévisions d'un nouveau conflit mondial assombrirent brutalement les rêves souvent utopiques des années précédentes. Aujourd'hui pourtant, elle semble regagner sa place dans la littérature internationale, et plusieurs études lui furent à nouveau consacrées depuis la fin de la seconde guerre mondiale³. Certains juges à la Cour internationale de Justice l'évoquèrent même fréquemment dans leurs opinions individuelles ou dissidentes⁴.

Cependant, en dépit de cette relative popularité dans la doctrine et la jurisprudence, la théorie de l'abus de droit est loin d'avoir gagné à sa cause l'ensemble des spécialistes du droit international. Nombre d'entre eux affichent une prudente réserve et, parfois même, n'hésitent pas à lui témoigner une franche hostilité. Aussi nous a-t-il paru utile de faire en quelque sorte le point et d'examiner la position réelle qu'elle occupe à l'heure actuelle en droit international, recherche d'ailleurs facilitée par le recul dont nous bénéficions aujourd'hui.

Les auteurs qui s'attaquent au problème de l'abus de droit choisissent en général le terrain jurisprudentiel. Certains procèdent à une analyse

systématique de précédents variés dont les résultats conduisent à une courte conclusion où se dessine l'esquisse d'une théorie de l'abus ⁵. D'autres suivent la voie inverse et après avoir exposé la théorie *a priori*, en étudient différentes applications pratiques ⁶. Mais dans les deux cas, l'examen de la pratique occupe une place prépondérante, au détriment de l'étude de la théorie elle-même.

Le but que nous nous sommes assigné sera dès lors le suivant : afin d'éviter de compiler purement et simplement les matières exposées dans les récentes études citées, nous nous attacherons essentiellement à la construction théorique de l'abus de droit en droit international public. L'accent ainsi porté sur la théorie ne saurait cependant nous inciter à négliger totalement la pratique internationale. Aussi nous y arrêterons-nous également, mais à titre d'illustration, afin de vérifier l'exactitude des propositions théoriques. Par la même occasion, nous éviterons de nous limiter à un exemple type, mais chercherons à tirer nos exemples de domaines variés du droit international, afin d'examiner les répercussions de l'abus de droit sur un champ aussi vaste que possible.

Le plan suivi pourrait à première vue surprendre, car quoique consacrée au droit international public, notre étude s'ouvre sur une première partie de droit comparé. Un tel procédé est cependant justifié. En effet, la théorie de l'abus de droit constitue par excellence un principe élaboré en droit interne que la doctrine s'efforce d'introduire sur le plan international. Or, ce n'est que par l'examen des différents systèmes internes où elle jouit d'une certaine autorité que nous arriverons à en comprendre le contenu et la signification. L'on ne peut adapter l'abus de droit au droit international sans analyser préalablement l'arrière-plan de droit interne. C'est pourquoi nous avons jugé nécessaire, avant d'entamer le véritable sujet de notre étude, c'est-à-dire les problèmes soulevés par l'introduction de l'abus de droit en droit des gens, d'exposer dans une première partie les solutions admises dans les principaux ordres juridiques nationaux. Cette partie en quelque sorte préliminaire, d'ailleurs limitée au minimum puisqu'elle ne concerne pas directement notre domaine, nous conduira alors au seuil du droit international, muni des indispensables connaissances de base.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT COMPARÉ

A l'image de tout concept juridique, l'abus de droit présente différents aspects selon l'angle sous lequel on l'envisage. Aussi n'est-il pas surprenant qu'il conduise à des résultats différents, voire même apparemment contradictoires, dans les divers ordres juridiques internes qui l'ont accueilli. En raison du but de notre étude, nous ne pouvons nous engager à décrire l'ensemble des systèmes mondiaux et sommes par conséquent contraint d'opérer un tri. Mais une question immédiate se pose : Peut-on tirer des conclusions valables d'un examen limité à certains ordres juridiques préalablement choisis ? Il est possible de répondre par l'affirmative pour les raisons suivantes :

1^o Dans cette étude de droit comparé, nous chercherons avant tout à découvrir non pas les détails techniques de l'abus de droit, mais sa forme générale. En d'autres termes, il s'agit d'entrevoir ce que sera la charpente de ce concept lorsque nous tenterons de l'appliquer sur le plan international. Aussi est-il inutile de nous encombrer de particularités sans influence sur le principe général en tant que tel.

2^o Au cours de l'histoire, certains systèmes juridiques exercèrent une profonde influence sur les législations étrangères, qui souvent n'hésitèrent pas à en copier les principes fondamentaux. Quelques modifications y furent parfois apportées, mais nous pourrions nous dispenser de nous y arrêter, pour autant qu'elles concernent essentiellement des points de détail.

Nous avons dit que l'abus de droit revêt fréquemment divers aspects. Par conséquent, présenter une liste de tous les ordres juridiques internes où le problème de l'abus de droit aboutit à la même solution, ne servirait à rien. Il est préférable de se limiter à un nombre restreint de systèmes, à condition de choisir certains types précis qui abordent chacun la question sous un angle différent, et ceci même si ces systèmes sont à d'autres égards d'une importance relativement faible. C'est dans cet esprit, afin de tenir compte de son opposition à l'abus de droit, que nous nous arrêterons par exemple à l'étude du droit italien, bien que l'influence du Code de 1942 soit loin d'égaler celle du Code Napoléon.

Les ordres juridiques internes peuvent se classer en trois groupes selon leur attitude à l'égard de l'abus de droit. Dans le premier se rencontrent ceux qui en admettent une conception fort étendue et appliquent, si l'on veut, un critère large. Le second se borne à condamner l'une des manifestations particulières de l'abus de droit et utilise un critère restreint. Le dernier groupe enfin, fidèle aux principes individualistes, s'oppose à la théorie de l'abus de droit jugée insatisfaisante⁷.

Nous allons donc examiner successivement ces différentes attitudes afin d'entrevoir la signification de l'abus de droit en droit interne. Cet examen, suivi de quelques considérations générales, est donc en quelque sorte destiné à débayer le terrain, afin de nous permettre de mieux comprendre les répercussions de la théorie de l'abus de droit sur le plan international.

CHAPITRE PREMIER

LA CONCEPTION LARGE DE L'ABUS DE DROIT

Sous ce titre, nous allons grouper trois systèmes juridiques où la théorie de l'abus joue un rôle considérable, savoir les systèmes français, suisse et soviétique. Cependant, malgré leurs similitudes, il serait dangereux de les confondre par une simplification excessive, car chacun d'entre eux présente d'importantes caractéristiques originales qu'un examen même superficiel ne tardera pas à révéler.

1. Droit français A tout seigneur, tout honneur ! Pays d'origine de la théorie de l'abus, la France mérite nos premiers regards.

Voir dans la France la patrie de notre principe tient pourtant presque du paradoxe. Inspiré des idées individualistes de la Révolution, le Code Napoléon n'en souffle mot. Bien au contraire, il consacre sans équivoque la doctrine des droits absolus : quiconque jouit d'un droit peut l'exercer en toute liberté, voire de façon discrétionnaire, tant qu'il ne transgresse aucune limite ou obligation légale⁸. Au titulaire du droit appartient le pouvoir de décider librement de l'exercice qu'il estime justifié. En d'autres termes, personne ne saurait encourir de responsabilité en agissant en vertu d'un droit octroyé par la loi.

Les inconvénients d'une telle conception aussi absolue et formaliste du droit ne tardèrent pas à se manifester car certains actes, protégés par la lettre du Code, ne respectaient nullement les exigences de la justice la plus élémentaire. La jurisprudence, célèbre pour avoir fréquemment adapté certaines dispositions désuètes aux nouvelles circonstances de fait, chercha aussitôt à s'y opposer et créa, insensiblement, en marge du Code,

la théorie de l'abus de droit, appliquée tout d'abord au droit de propriété, mais dont l'influence s'élargit rapidement.

La première application remonte à l'an 1855. Bien que le droit de propriété, selon la conception absolue du Code, implique la liberté de construire tout ouvrage sur son propre fonds, quelles qu'en soient les conséquences pour autrui, la Cour d'appel de Colmar admit que « s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et abuser de la chose, cependant l'exercice de ce droit, comme celui de tout autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ; que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui⁹ ». Par ces motifs, la Cour obligea le défendeur à démolir une fausse cheminée construite dans l'unique dessein de priver son voisin de lumière.

Sans mentionner expressément l'abus, la Cour en ébauche les premiers critères : intention de nuire, absence d'intérêt sérieux et légitime, grave préjudice causé à autrui. L'arrêt se fonde essentiellement sur les principes de morale d'équité et de justice, mais il esquisse déjà le concept bientôt célèbre de l'abus de droit.

L'année suivante, dans un différend relatif aux sources minérales de Saint-Galmier, la Cour d'appel de Lyon admit également la responsabilité d'un propriétaire qui, dans la seule intention de nuire et sans intérêt personnel, avait entrepris des travaux de forage afin de diminuer le débit des sources appartenant à ses voisins : « ... le pouvoir d'abuser de sa chose, dit-elle, ne peut servir à colorer un acte, qui, inspiré exclusivement par l'envie de nuire, prend, à raison d'une communication souterraine entre deux fonds, le caractère d'une entreprise portée sur le fonds voisin, pour toucher à sa substance et anéantir ou amoindrir un bien naturel, qui en fait sa principale valeur¹⁰. »

A nouveau interviennent les trois critères relevés dans le cas précédent. Mais l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon présente une particularité d'autant plus importante qu'elle se retrouvera par la suite en droit anglais et sur le plan international dans les décisions des tribunaux d'Etats fédératifs : « ... le droit du propriétaire, affirme-t-elle, trouve nécessairement une limite dans l'obligation de laisser le voisin jouir aussi de sa propriété¹¹. »

La première mention jurisprudentielle de l'expression « abus de droit » apparut au début du XX^e siècle dans une affaire identique, également relative aux sources de Saint-Galmier. Le Tribunal civil de Saint-Etienne considéra en effet que de tels forages constituaient « ... un abus du droit de propriété », vue confirmée par la Cour de cassation pour qui un usage

sans utilité personnelle infligeant d'excessifs dommages à autrui, ne saurait être protégé par l'article 544 CCF ¹².

Le fameux arrêt Clément-Bayard enfin, permit à la Cour de cassation de voir un abus de droit dans la construction d'ouvrages en bois surmontés de pointes de fer, destinés à endommager des dirigeables évoluant sur le terrain voisin ¹³. Cet arrêt consacre par ailleurs une extension considérable de la théorie de l'abus de droit, car l'auteur n'agissait pas dans le but exclusif de nuire à son voisin et sans intérêt personnel. Bien au contraire, il espérait, par ces agissements, le contraindre à lui acheter son fonds à un prix évidemment surfait. La Cour d'appel d'Amiens s'était refusée à suivre cette argumentation, « considérant que s'il est loisible au propriétaire d'un fonds de chercher à en tirer le meilleur parti possible, et si la spéculation est par elle-même et en elle-même un acte parfaitement licite, ce n'est qu'à la condition que les moyens employés pour la réaliser ne soient pas, comme en l'espèce, illégitimes et inspirés exclusivement par une intention malicieuse ¹⁴ ». Par son appui, la Cour de cassation étendit ainsi la théorie de l'abus non seulement au but visé, mais également aux moyens utilisés.

Limitée à l'origine au droit de propriété, ainsi que le prouvent ces quatre précédents, la théorie de l'abus ne tarda pas à élargir son champ d'application. Admise aujourd'hui à titre de principe général par la jurisprudence, elle s'applique non seulement à l'ensemble des relations de voisinage ¹⁵, mais encore à plusieurs autres domaines ¹⁶.

En raison du mutisme du Code, la jurisprudence française se vit contrainte de fonder l'abus de droit sur les dispositions relatives à la faute ¹⁷. Lorsque l'abus résulte d'une intention exclusive de nuire à autrui, il s'assimile à la faute délictuelle (art. 1382 CCF), dans les autres cas, il constitue une faute quasi délictuelle (art. 1383 CCF). La recherche de la faute devient donc la tâche essentielle du juge, et si la preuve en est apportée, l'auteur du dommage doit être condamné à réparation ¹⁸.

Apparue sans bruit dans la jurisprudence, la théorie de l'abus de droit allait bientôt s'implanter dans la doctrine et les premiers ouvrages, parus en général au début du siècle, engendrèrent une controverse que le temps ne réussit point à calmer ¹⁹. Inconnue au début du siècle passé, cette théorie s'est même transformée, aux dires de certains, en l'un des fondements du droit moderne ²⁰ et, malgré certaines réserves, elle rencontre aujourd'hui l'approbation des juristes français ²¹.

D'une manière générale, il est possible de relever trois critères matériels élaborés et appliqués par la jurisprudence française :

1^o Le premier concerne l'intention, soit déterminante, de nuire à autrui ; ce critère est admis par une large majorité de la doctrine, et même les auteurs généralement hostiles à la théorie de l'abus de droit,

reconnaissent dans ce cas l'existence d'un problème délicat²². En effet, s'ils s'opposent à l'abus de droit, ils ne peuvent s'empêcher d'affirmer que l'utilisation malicieuse des droits est contraire aux principes élémentaires de justice et d'équité.

Toutefois, une telle intention ne se décele pas facilement. Les mobiles d'un acte revêtent souvent une certaine complexité et l'auteur s'efforce de cacher ses intentions déloyales ou inavouables. Cette raison conduisit la jurisprudence à admettre bientôt un second critère :

2° L'absence d'intérêt personnel. Si parfois l'intention de nuire ne se découvre pas de manière flagrante, elle peut manifestement se déduire de l'absence totale d'intérêt²³. Ainsi par exemple, dans les deux affaires des sources de Saint-Galmier, le propriétaire se bornait à jeter le surplus d'eau obtenu aux dépens de ses voisins et n'en tirait aucune autre satisfaction que le spectacle de leur mécontentement légitime. Originellement lié à l'intention de nuire, ce critère acquit par la suite une certaine autonomie et peut aujourd'hui s'utiliser de manière indépendante.

3° Le critère du dommage, enfin, joue également un rôle important. Certes, la loi ne saurait interdire tout dommage causé à autrui ; au contraire, chaque exercice d'un droit implique généralement une atteinte au patrimoine d'autrui²⁴. Dans certaines circonstances cependant, le dommage peut révéler un caractère excessif au point de nécessiter l'intervention judiciaire. Le juge peut alors invoquer la théorie de l'abus lorsque le dommage excède manifestement et injustement l'avantage retiré.

Terminons ce bref exposé par l'examen des travaux de la Commission de réforme du Code civil. Comme nous l'avons dit, la théorie de l'abus de droit fut créée en quelque sorte en marge de la loi par la jurisprudence, car le Code civil n'en souffle mot. Aussi la Commission chargée de préparer la révision du Code chercha-t-elle à introduire une base légale expresse. Soulevé au début du siècle déjà²⁵, le problème avait alors été abandonné, mais fut repris à une date relativement récente²⁶.

Malgré l'opposition de Niboyet, pour qui « un texte général n'apportera aucun élément nouveau et ne permettra ni un développement ni une modification de la jurisprudence qui est bien fixée sur des hypothèses, à vrai dire assez rares, d'abus de droit »²⁷, la Commission adopta le texte suivant intitulé « De l'exercice anormal des droits » :

Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi et engage éventuellement la responsabilité de son auteur.

La présente disposition ne s'applique pas aux droits qui, à raison de leur nature ou en vertu de la loi, peuvent être exercés de façon discrétionnaire²⁸.

La réserve du second alinéa traduit manifestement les difficultés et incertitudes soulevées par la controverse doctrinale. Introduite à n'en pas douter dans le but de tenir compte des droits dits absolus²⁹, elle entraîne l'effet pratique de supprimer totalement la signification du premier alinéa. En effet, la théorie de l'abus de droit, comme nous le verrons, sert essentiellement à contrôler l'exercice des droits discrétionnaires, lorsque la loi ne fixe aucune limite. Selon une virulente mais justifiée objection de de Lapanouse, « s'il s'agit d'un droit non discrétionnaire, mais dont la limite est établie par la loi, il ne peut être question d'abus de droit, mais uniquement d'exercice contraire à la loi³⁰ ». Par conséquent, l'article 147 de l'avant-projet du Code civil enlève d'une main ce qu'il offre de l'autre, car après avoir admis le contrôle, par l'abus de droit, de l'exercice de droits qui ne peuvent être que discrétionnaires, il s'empresse de prévoir une exception pour ces mêmes droits discrétionnaires.

Certes, il ne faudrait pas exagérer l'importance de cette réserve, car les auteurs de l'avant-projet du Code l'ont limitée aux droits discrétionnaires « à raison de leur nature ou en vertu de la loi », afin de protéger les droits dits absolus, c'est-à-dire ceux dont l'exercice ne peut en aucune circonstance donner lieu à un abus. En réalité, cette disposition est simplement inutile, car le premier alinéa de l'article 147 permet déjà de tenir compte des droits absolus. En effet, est d'une manière générale considéré comme abusif, l'exercice anormal d'un droit. Or, dans le cas des droits absolus, tout exercice, aussi égoïste ou individualiste soit-il, demeure normal, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de l'abus de droit.

N'oublions pas, d'autre part, que la nature des droits est susceptible de varier avec le temps. Lors de l'élaboration du Code Napoléon, le droit de propriété était incontestablement un droit discrétionnaire de par sa nature. Mais un demi-siècle plus tard, il avait perdu ce caractère et devenait même la cause première de la théorie de l'abus de droit. Or le même raisonnement peut s'appliquer à l'ensemble des droits dits absolus et rien n'empêche de construire l'hypothèse théorique où, dans l'avenir, le refus du consentement d'un ascendant au mariage d'un descendant mineur par exemple, serait entaché d'abus. Dans ce cas, le juge devra préalablement analyser la nature du droit en question et pourra, s'il l'estime justifié, refuser le caractère absolu à un droit qui le possédait précédemment. Par conséquent, tout droit aujourd'hui absolu est susceptible dans l'avenir de se voir déclassé dans la catégorie des droits non absolus, soumis à la théorie de l'abus de droit.

Ainsi, malgré un souci de précision, le texte de l'article 147 de l'avant-projet de Code civil français, résultat de nombreux compromis, apporte peu de nouveauté. Le premier alinéa admet la théorie de l'abus ; le second

lui apporte une limitation fondamentale, mais de portée néanmoins limitée. Nous ne pouvons par conséquent nous empêcher de songer aux deux objections formulées au cours des travaux préparatoires, mentionnées plus haut, et notamment à celle de Niboyet, sur l'inutilité d'une telle disposition qui, sous sa forme actuelle, ne propose aucune amélioration ni aucune modification de la théorie de l'abus, mais au contraire implique de nouvelles complications.

En résumé, l'on peut admettre qu'en France, la théorie de l'abus de droit, créée par la jurisprudence, a finalement été adoptée par la doctrine malgré quelques réserves. Pourtant, elle ne présente pas encore une parfaite limpidité et les projets de législation future sont loin d'apporter une clarté absolue.

2. Droit suisse³¹ Contrairement au droit français, la théorie de l'abus de droit ne fut pas introduite dans le système juridique suisse par voie de la jurisprudence. Déjà prévue dans le projet de Code civil de 1900, mais limitée alors au droit de propriété³², elle figure en tête des principes fondamentaux du droit suisse, à l'article 2/2 du titre préliminaire du Code civil :

Art. 2 : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

» L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

Incontestablement, aucun doute n'est possible : l'ordre juridique suisse admet la théorie de l'abus de droit, qui plus est, sous une forme très générale, confirmée par sa situation en tête du Code. Elle ne vise pas seulement certains droits particuliers, mais contrôle l'exercice de tout droit, y compris l'usage de la liberté naturelle³³, et limite de manière générale l'exercice des droits subjectifs³⁴. En un mot, aucun droit ne saurait échapper à la surveillance de l'article 2/2 CCS : « L'abus de droit doit être considéré comme contraire à la loi, et cette illégalité, qui découle d'une conception éthique générale, va bien au-delà d'une simple infraction à une règle juridique³⁵. »

A vrai dire, cette disposition fut souvent assimilée, par le barreau surtout, à une « bonne à tout faire³⁶ », article-tiroir permettant de résoudre aisément des conflits aussi compliqués que variés. L'homme de loi éprouve en effet moins de peine à se fonder sur l'abus plutôt que de s'évertuer à découvrir une solution plus solide mais cachée dans le dédale des normes spécifiques. L'article 2/2 CCS, par sa signification imprécise et sa portée considérable, comporte donc le danger de favoriser des solutions auxquelles on pourrait reprocher une certaine facilité.

Le responsable est évidemment le législateur lui-même, car le Code ne

fournit aucune définition de l'abus et abandonne cette tâche au juge. Cette omission, d'ailleurs volontaire, est absolument justifiée, et reflète parfaitement la politique législative suisse, car le législateur suisse n'hésite pas à accorder au juge une liberté d'action plus étendue que ce n'est le cas dans les autres systèmes juridiques codifiés. Proposer une définition exacte et définitive de l'abus de droit est quasi impossible, car elle est fonction de la mentalité d'une société en perpétuelle évolution. Principe général, la théorie de l'abus est susceptible de s'appliquer à d'innombrables circonstances qu'une règle légale énoncée de manière minutieuse et détaillée ne saurait viser de façon absolue³⁷. Aussi, selon le législateur suisse, seul le juge aux prises avec les cas pratiques est à même d'en préciser l'exacte sphère d'application.

Mais toute médaille a son revers : l'article 2/2 CCS confère au pouvoir judiciaire une très grande puissance et la presse juridique qui, à l'époque, combattit vivement la disposition, ne manqua pas de le soulever : « Cette sorte de recours est une arme qui, maniée imprudemment et à tout propos, pourrait être très dangereuse³⁸. » Elle implique le danger, du moins théorique, d'autoriser le juge « à commettre chaque jour des abus³⁹ », s'il qualifie à tort d'abus de droit l'exercice licite de droits conférés par la loi.

A défaut de précisions détaillées, le Code énonce cependant quelques lignes directrices. Il faut tout d'abord remarquer que le législateur s'est refusé à dissocier l'abus de droit d'un autre principe fondamental, celui de la bonne foi. Sous cet angle, l'abus ne serait autre qu'une illustration de la bonne foi⁴⁰ ou, selon les termes de Gmür, son expression négative⁴¹. On se trouve en présence d'un abus lorsque l'exercice d'un droit s'oppose manifestement aux exigences de la bonne foi, raisonnement souvent suivi par la Tribunal fédéral suisse. C'est ainsi qu'il estima abusive une exception fondée sur la prétendue nullité d'actes accomplis avant la création d'une fondation, parce que contraire au principe de la bonne foi en affaires⁴². La demande d'une société anonyme de contraindre un souscripteur d'actions à lui verser le montant de sa souscription alors qu'il avait déjà effectué un apport en nature, certes contesté en droit, mais qu'elle refusait de lui restituer, obtint le même sort. Le Tribunal fédéral admit en effet que « la prétention de réaliser un tel enrichissement illégitime est contraire aux règles de la bonne foi. C'est l'abus de droit de celui qui réclame ce qu'il doit restituer⁴³. »

En second lieu, le Code jette au juge une discrète planche de salut en exigeant un abus « manifeste⁴⁴ ». Cette précision laconique n'en est pas moins importante, car elle introduit un élément d'objectivité⁴⁵. Destinée à prévenir dans la mesure du possible le danger d'arbitraire judiciaire, elle insiste sur l'aspect extérieur de l'acte incriminé : l'abus de droit doit être ressenti par la communauté et non pas exister seulement dans l'esprit

d'un juge particulier. L'autorité judiciaire fit dès lors preuve d'une prudence considérable et les juges affrontent aujourd'hui avec une extrême méfiance les recours fondés en tout ou partie sur l'article 2/2 CCS.

Enfin, la nature de l'interdiction de l'abus de droit incite tout naturellement le juge à une certaine prudence. Les principes généraux ou fondamentaux exercent en général un contrôle suprême sur le système juridique, et servent de moyen extraordinaire lorsque les moyens ordinaires ne suffisent plus. Or tel est le cas de l'abus de droit; l'article 2/2 CCS offre à la personne lésée par un tiers dans l'exercice de son droit, une voie de recours exceptionnelle en cas de déficience des moyens habituels fondés sur les normes spécifiques du droit ⁴⁶.

En raison des cas d'application fort variés du principe de l'abus de droit, il est relativement difficile de relever dans la jurisprudence suisse une liste précise de critères. Généralement, la doctrine s'abandonne à la casuistique, mais l'on peut néanmoins observer certaines tendances générales et grouper approximativement les décisions judiciaires selon leurs motifs ⁴⁷.

1° Comme en droit français, l'exercice d'un droit accompagné de mauvaise foi, dans l'intention de nuire à autrui ou lié à un comportement dolosif, n'est en aucun cas protégé par la loi. Déjà rencontrée dans la section précédente, cette forme d'abus la plus manifeste ne nécessite par conséquent pas de longs commentaires ⁴⁸. Tout au plus pourrait-on remarquer que sur ce point le recours à l'abus de droit est théoriquement inutile, car de tels actes sont déjà visés par l'article 2/1 CCS, c'est-à-dire par l'obligation de se conformer aux règles de la bonne foi.

Toutefois, le Code civil ne se borne pas à condamner les actes malicieux, et l'ensemble de la doctrine reconnaît qu'il serait faux de voir dans l'article 2/2 CCS une simple interdiction de la chicane. Il importe peu que l'intention de nuire soit exclusive, prépondérante ou même parfois absente en cas de grave négligence ⁴⁹, car la loi suisse se fonde non pas sur un critère essentiellement subjectif, mais sur une situation objective ⁵⁰.

2° Le Tribunal fédéral suisse utilise également le critère de l'absence d'intérêt à l'action, mais ne se borne pas à y chercher la preuve d'une éventuelle intention de nuire, à l'image de la jurisprudence française. En droit suisse, l'exercice d'un droit est entaché d'abus non seulement lorsqu'il n'est motivé par aucun intérêt personnel, mais aussi lorsqu'il porte atteinte à un intérêt jugé supérieur, quels que soient les mobiles de l'auteur. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que le juge suisse parle d'abus de droit chaque fois que se présente une opposition d'intérêts, mais lorsqu'il recourt à l'article 2/2 CCS, il procède à une sorte de balance et, en cas de disproportion manifeste, tranche en faveur de l'intérêt le plus digne de protection ⁵¹.

3^o Mais le Tribunal fédéral suisse applique surtout le critère qui fut formulé et défendu dans la doctrine française par Josserand⁵² : est abusif tout exercice d'un droit qui conduit à détourner ce droit de sa fonction sociale ou viole l'esprit ou le but dans lequel il a été octroyé. Tel est le cas lorsque l'auteur cherche, sous un aspect légal, à atteindre un but interdit par le législateur⁵³. Sur ce point, les arrêts sont fort nombreux et nous n'avons que l'embarras du choix, mais à nouveau la jurisprudence ne sanctionne que les détournements manifestes et se montre d'une prudence considérable⁵⁴.

En dehors de ces trois critères généraux, les tribunaux suisses condamnent également sur la base de l'article 2/2 CCS un certain nombre de situations choquantes que l'on peut difficilement classer selon un ordre logique⁵⁵.

Parfois même, le Tribunal fédéral utilise l'abus de droit de manière quelque peu discutable, ce qui n'est pas sans rappeler les dangers que comporte ce principe. Un exemple typique de cette attitude concerne l'article 66 COS⁵⁶, disposition que le Tribunal fédéral refusa récemment d'appliquer dans un cas particulier. En effet, dit-il, « ... il n'est pas impossible que, même si les deux parties se proposent un but illicite ou contraire aux mœurs, l'exclusion de l'action en restitution ou pour cause d'enrichissement illégitime constitue dans certaines circonstances un abus de droit inadmissible⁵⁷ ». En l'espèce, une personne avait promis de ne point divulguer certaines malversations moyennant paiement d'une somme d'argent, en partie versée. Le silence n'ayant pas été respecté, la victime exigea le remboursement et se vit opposer la disposition de l'article 66 COS. Le Tribunal fédéral refusa de retenir cette exception, car, « celui qui, sous l'empire d'une menace dont l'autre partie est responsable, promet et opère un paiement, ne doit pas être puni par la perte de son action en restitution selon l'article 66 COS. Ce serait favoriser d'une façon inadmissible l'auteur de la menace qui ne mérite pas de rester enrichi aux dépens de sa victime. En invoquant l'article 66 COS, [l'auteur de la menace] commet un abus de droit manifeste⁵⁸. »

Certes, sous l'angle de l'équité, la solution du Tribunal fédéral est satisfaisante, car elle corrige dans une certaine mesure une conséquence fort discutable de l'article 66 COS. En revanche, du point de vue strictement juridique, ce raisonnement laisse pointer quelques dangers : l'article 66 COS en effet, prévoyait une solution déterminée, mais les juges suisses l'estimèrent injuste et refusèrent de s'y conformer. Autrement dit, en invoquant l'abus de droit, ils écartèrent purement et simplement une disposition légale. Cette attitude, nous le répétons, est socialement justifiable, mais si un tel raisonnement est possible avec l'article 66 COS, rien n'empêche de l'appliquer à l'ensemble des autres normes de l'ordre

juridique suisse. La théorie de l'abus de droit entraîne donc une certaine insécurité, car elle permet d'écarter à volonté et sur des prétextes plus ou moins valables, les dispositions juridiques existantes. Ce danger, d'ailleurs déjà relevé, est pratiquement faible, mais n'en existe pas moins.

En conclusion, nous pouvons constater que les résultats atteints en Suisse diffèrent relativement peu de ceux de la jurisprudence française. La base seule n'est pas identique, car le Code civil suisse prévoit expressément l'interdiction de l'abus à titre de principe général. Il en résulte que les juges seront peut-être plus facilement tentés d'y recourir, car cette construction présente un caractère moins artificiel qu'en France. Mais « il faut remarquer que la magistrature suisse s'est servie de cette disposition avec modération et objectivité, bien qu'elle l'applique aux droits subjectifs les plus variés ⁵⁹ ». Tout compte fait, le juge suisse a utilisé l'abus de droit de manière prudente et généralement profitable. Conscient du danger, il lui a assigné un rôle modeste, d'autant plus effacé que le point de friction essentiel, le droit de propriété, est réglé par les articles 679 et surtout 684 CCS en vertu desquels tout excès du droit de propriété est interdit par la loi.

Néanmoins un certain danger théorique demeure et le professeur italien Scerni ne peut s'empêcher de relever « qu'un tel système implique nécessairement une conception anti-individualiste des droits subjectifs et suppose également une confiance illimitée de l'autorité législative dans la sagacité du pouvoir judiciaire ⁶⁰ ».

3. Droit soviétique Aucune disposition du Code civil de la République soviétique fédérative socialiste de Russie (RSFSR), du 11 novembre 1922, n'a à tel point attiré l'attention du monde juridique que la règle de l'article premier :

Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale.

Edicté au lendemain de la Révolution, en tête d'un code qui tout naturellement allait servir de modèle à ceux des autres républiques fédératives, un article aussi général ne pouvait manquer de susciter d'innombrables commentaires et critiques. La plupart des juristes occidentaux, déjà peu favorables au régime soviétique, y virent une négation de la notion de droit et une consécration légale de l'arbitraire. Ainsi se répandit un préjugé, fortement enraciné aujourd'hui encore, que le droit soviétique est un droit peu précis où les arguments politiques effacent les arguments juridiques ⁶¹.

Une telle attitude, admissible à l'issue de la Révolution, alors que le nouveau régime était en pleine formation, ne peut être défendue aujourd'hui,

d'autant plus que divers ouvrages relativement récents et parfaitement documentés exposent en détail le système juridique soviétique ⁶².

Conséquence de la Révolution, le principe initial du Code civil soviétique fut particulièrement influencé par les événements historiques et l'en dissocier constituerait une erreur fondamentale. Aussi, afin d'en comprendre la véritable signification et de saisir le rôle qu'il joue en réalité dans le système juridique actuel, il est nécessaire de remonter aux circonstances de sa naissance et de suivre son évolution.

Vers 1922, pour des raisons essentiellement économiques, l'URSS inaugura sa fameuse « nouvelle politique économique » (NEP), caractérisée par un certain retour au passé. Afin de ranimer les forces productives de la nation, l'initiative privée fut plus ou moins réadmise dans l'économie nationale. Or le Code civil, rédigé dans le temps record de trois mois à partir de l'adoption de la NEP, n'est autre qu'un instrument de cette nouvelle orientation. Pourtant, cette tendance devait en principe avoir un caractère provisoire et personne ne savait à quel point ni jusqu'à quand l'initiative économique privée se maintiendrait. C'est pourquoi les auteurs du Code refusèrent d'y inscrire un principe précis et se contentèrent d'une formule élastique capable de s'adapter à l'évolution future ⁶³. Ainsi naquit l'article premier, d'ailleurs étroitement lié à l'article 4, relatif au développement des forces productives nationales.

Une comparaison sommaire avec les systèmes occidentaux présente donc un réel danger. Lorsque les auteurs européens, qui à l'époque, examinèrent l'abus de droit en droit comparé, voient simplement dans la disposition soviétique une notion plus étendue et plus vague que celle de l'article 2/2 CCS ⁶⁴, ils courent le risque de perdre de vue la véritable perspective et la signification historique de ce principe en droit soviétique. L'article premier du Code civil de la RSFSR ne cherche pas seulement à corriger l'exercice des droits discrétionnaires, mais il vise à « mettre à la disposition du pouvoir et des tribunaux soviétiques un moyen sûr, permettant de diriger l'activité économique individuelle dans l'intérêt de l'Etat prolétarien, dans l'intérêt de la création d'un régime socialiste... Le juge soviétique ne doit pas agir dans le cadre de la loi ; il est posé au-dessus de la loi et il a pour directive la politique de l'Etat des ouvriers et des paysans ⁶⁵. »

Telle était, en 1922, la position des autorités soviétiques. Mais les faits évoluèrent de façon inattendue et, dès 1924 déjà, le principe soviétique de l'abus de droit, dans lequel étaient placés bien des espoirs, subit un déclin progressif au point de jouer aujourd'hui un rôle négligeable sinon nul.

Cette évolution tient d'ailleurs presque du paradoxe, car au début, les tribunaux soviétiques se précipitèrent sur cet article au point de créer

une véritable anarchie. Si une certaine catégorie d'arrêts ressemble dans une large mesure à ceux rendus en Europe occidentale en vertu de la théorie de l'abus, et condamne l'intention de nuire, la grave négligence ou certains actes interdits dans les ordres juridiques suisse ou français par des dispositions spécifiques telles que l'ordre public, les bonnes mœurs ou le comportement dolosif, d'autres jugements s'inspirent d'arguments politiques plus ou moins valables. Parfois même, les tribunaux soviétiques déclarèrent abusive une simple abstention, comme dans le cas singulier d'un propriétaire, condamné pour avoir gardé sa vaisselle dans sa cave sans l'utiliser, et « commis » ainsi, si l'on peut dire, un « non-usage » d'un droit, contraire à son but social et économique ⁶⁶ !

Afin de parer à ces abus judiciaires de la théorie de l'abus de droit, la Cour suprême dut à plusieurs reprises communiquer ses instructions aux cours inférieures. En 1924 déjà, soit deux ans seulement après l'adoption du Code civil, elle interdit aux juges de se référer à l'article premier du Code « ... dans le seul but d'éviter les difficultés posées par un cas compliqué ⁶⁷ ». Deux ans plus tard, la chambre de droit civil de la Cour suprême conseilla d'accorder plus d'attention aux circonstances particulières des cas pratiques, pour éviter des erreurs jusqu'alors fréquentes dans l'application de cet article. Par la même occasion, elle enjoignit les tribunaux inférieurs à ne pas utiliser cette disposition jusqu'au moment où seraient communiquées certaines directives et règles d'interprétation définitives ⁶⁸.

Les résultats ne se firent pas attendre : l'article premier du Code civil soviétique disparut rapidement de la jurisprudence. Cette tendance déjà remarquée vers 1930 ⁶⁹, s'accrut encore par la suite et, à l'heure actuelle, la théorie soviétique de l'abus de droit n'est pratiquement plus appliquée ⁷⁰.

Cette sensible réduction du rôle de l'abus provient également d'une seconde raison : en 1922, l'Etat socialiste venait à peine de naître. D'importants problèmes demeuraient encore sans solution. Le Code civil lui-même, rédigé dans l'esprit de la NEP, s'en tient à l'énoncé de principes généraux élastiques afin d'éviter une cristallisation prématurée, car personne ne pouvait alors prédire l'avenir du mouvement socialiste soviétique. Par la suite, sous la pression des événements, les autorités édictèrent de nombreux décrets, réglant en détail certaines questions que seuls les principes généraux du Code civil permettaient jusqu'alors de résoudre. L'article premier en particulier, essentiellement destiné à contrôler le développement économique de la nation, vit fondre son importance lors de l'inauguration du système des plans quinquennaux, source d'abondante législation ⁷¹.

Cette évolution historique du principe de l'abus de droit nous permet de tirer une conclusion significative : lors de l'étude de l'article 2/2 CCS, nous avons évoqué certains dangers auxquels pourrait conduire une

interprétation arbitraire ou fantaisiste de l'abus. Or, l'URSS en présente une éclatante illustration. Invoqué sur le moindre prétexte par des tribunaux inexpérimentés à une époque encore imprégnée d'esprit révolutionnaire et marquée par une législation rudimentaire, le principe de l'abus provoqua rapidement une véritable anarchie, contre laquelle d'ailleurs, dans le cas particulier, la Cour suprême ne tarda pas à lutter. Par ses conséquences excessives, l'abus de droit soviétique s'est creusé sa propre tombe et la violente réaction des autorités supérieures, cause réelle de sa suppression effective, inspire à David cette remarque combien inattendue puisqu'elle vise l'ordre juridique qui admit à l'origine la notion la plus large de l'abus : « Une théorie comme celle de l'abus de droit ou celle de l'ordre public demande un milieu où l'on soit préparé à laisser le juge corriger le droit et en guider le développement. De telles théories sont aussi peu à leur place dans l'URSS actuellement qu'elles ne l'auraient été au lendemain des codes napoléoniens en France ⁷². »

Loin de posséder aujourd'hui l'importance que lui attribuaient les juristes occidentaux de l'entre-deux-guerres, le principe de l'abus de droit, quoique encore inscrit en tête des Codes civils des républiques de l'URSS, n'en est pas moins tombé en désuétude. Bien plus, il n'est pas exclu que le prochain Code civil fédéral, chargé de remplacer les différents codes de chaque république, le supprimera purement et simplement ⁷³.

CHAPITRE II

LA CONCEPTION RESTREINTE DE L'ABUS DE DROIT

Après les législations favorables à une conception extrêmement large de l'abus de droit, nous devons examiner une nouvelle attitude où l'abus n'est condamné, du moins à première vue, que sous l'une de ses manifestations.

Droit allemand La doctrine admet généralement que l'ordre juridique allemand aborde le problème de l'abus de droit avec une certaine réserve. Sans s'y opposer ouvertement, il refuse la conception étendue des législations française, suisse ou soviétique et s'arrête à une position intermédiaire. En fait, le paragraphe 226 BGB, connu sous le nom de « Schikaneverbot », en accepte une notion limitée à l'intention exclusive de nuire à autrui :

L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui ⁷⁴.

Destiné, à l'origine, dans l'esprit des auteurs du Code, à réglementer uniquement le droit de la propriété, cet article fut incorporé par la Commission du Reichstag à titre de principe général. Aucun doute n'est donc possible et les auteurs allemands reconnaissent sans exception le contrôle du paragraphe 226 sur l'ensemble des droits civils ou, plus exactement, sur l'exercice de ces droits ⁷⁵.

Pourtant, en dépit de son caractère général, le paragraphe 226 BGB eut fort peu de conséquences pratiques car sa signification est extrêmement limitée. En effet, il repousse le critère objectif de la situation matérielle pour n'examiner que les mobiles strictement subjectifs de l'auteur de l'acte. De plus, selon le texte légal, l'abus de droit intervient uniquement si l'acte a pour seul motif une intention de nuire ⁷⁶. Certes, une telle intention devra parfois se déduire des circonstances particulières, car les raisons inavouables sont en général soigneusement cachées ⁷⁷. Mais la sphère d'application du paragraphe 226 n'en demeure pas moins restreinte, car il est impossible d'y recourir dès qu'apparaît le moindre motif ou intérêt autre qu'une stricte intention malicieuse ⁷⁸. D'autre part, une telle intention ne se présume pas, et le paragraphe 226 place le demandeur devant une tâche particulièrement ardue en mettant sur ses épaules le fardeau de la preuve.

Les précédents sont donc rares ; la doctrine alla même jusqu'à nier toute possibilité d'application pratique ⁷⁹, mais le paragraphe 226 fut parfois invoqué dans des cas pour ainsi dire exceptionnels, comme par exemple lorsqu'un père interdisait à ses enfants l'entrée d'une de ses propriétés où se trouvait la tombe de leur mère ⁸⁰.

A première vue donc, l'ordre juridique allemand, par le recours à un critère quasi inapplicable, se rapproche sensiblement des systèmes juridiques opposés à l'abus de droit. Mais l'analyse d'un second principe général voisin ne tardera pas à démontrer le non-fondé de cette supposition. En effet, selon le paragraphe 826 BGB :

Quiconque intentionnellement cause dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage ⁸¹.

Contrairement au paragraphe 226 BGB, cette seconde disposition, infiniment plus souple et malléable, provoqua une jurisprudence abondante et variée, généralement semblable à celle tirée de l'article 2/2 CCS, atténuant ainsi la rigidité du paragraphe 226 BGB ⁸².

Peut-on assimiler l'interprétation allemande des actes contraires aux mœurs à la théorie de l'abus de droit ? Pour Jossierand, il n'en est pas question car, selon lui, les deux principes possèdent une portée différente. Le paragraphe 826 BGB ne saurait toucher à l'exercice des droits ; il

concerne l'exercice de toute liberté, mais non pas celui des droits conférés par la loi. En d'autres termes, l'exercice d'un droit ne saurait jamais dégénérer en acte contraire aux mœurs⁸³.

Mais la doctrine allemande refuse cette interprétation restrictive. Le paragraphe 826 BGB s'étend non seulement à l'usage de la liberté, mais également à celui de tout droit. Tout acte, licite en soi, est susceptible de revêtir un caractère illicite, lorsqu'il constitue un « abus, contraire aux mœurs, d'une situation juridique formelle⁸⁴ ». De leur côté, les tribunaux n'hésitèrent pas à suivre le même chemin et à condamner, au nom du paragraphe 826, certains exercices de droits conférés par la loi⁸⁵.

Le paragraphe 826 BGB présente plusieurs affinités avec l'article 2/2 CCS. Le texte légal en particulier s'inspire d'une intention identique. Comme en Suisse, le législateur allemand, persuadé que la notion de l'acte contraire aux mœurs est fonction des conceptions de la société à une époque donnée, refuse de formuler une définition et en abandonne le soin au juge.

Une similitude parfois frappante se dégage de l'étude de la jurisprudence. A l'image du système helvétique, les tribunaux allemands évitèrent de construire une théorie définie des actes contraires aux mœurs, pour se laisser plutôt guider par la casuistique en décidant selon les circonstances des divers cas particuliers⁸⁶. Après avoir reconnu qu'en substance, un acte est contraire aux mœurs lorsqu'il blesse la conscience de l'ensemble des personnes justes et raisonnables⁸⁷, elle adopta un critère à double face : pour tomber sous le coup du paragraphe 826 BGB, l'acte doit choquer le sentiment général des convenances, de l'honnêteté et de la loyauté (*Anstandsgefühl*). En second lieu, ce sentiment se déduit du concept abstrait de « l'homme juste et raisonnable⁸⁸ », autrement dit de ce que la société en tant que telle estime honnête, raisonnable, loyal et juste. En raison de cette conception particulièrement élastique de l'acte contraire aux mœurs, il n'est pas étonnant que certaines décisions des tribunaux allemands rejoignent celles du Tribunal fédéral suisse. Ainsi par exemple, dans les deux ordres juridiques, constitue un acte contraire aux mœurs (en Suisse, un abus de droit) le fait, pour une partie, d'invoquer un vice de forme qu'elle a voulu elle-même⁸⁹.

Que déduire de cet exposé sommaire du droit allemand ? Afin d'éviter les dangers impliqués par la théorie de l'abus de droit, particulièrement discutés à l'époque, les auteurs du Code civil allemand se limitèrent à y inscrire l'interdiction de l'intention exclusive de nuire à autrui⁹⁰. Mais ceci n'est qu'une apparence, car un second principe prit une extension considérable afin de combler le vide ainsi créé. A l'heure actuelle, deux principes contrôlent en droit allemand l'exercice des droits. Le premier, de portée fort restreinte, ne déploie en fait aucun effet pratique (§ 226). Le second en revanche, plus large, reproduit en substance une partie des

critères utilisés en Suisse ou en France (§ 826); il ne serait même pas erroné de voir dans le paragraphe 226 BGB un simple cas particulier du paragraphe 826.

Aussi, contrairement aux auteurs qui déduisent du paragraphe 226 BGB que le droit allemand limite la théorie de l'abus de droit à l'intention exclusive de nuire⁹¹, nous estimons que sous le nom d'actes contraires aux mœurs, le Code civil allemand applique une notion de l'abus de droit aussi étendue et élastique que celles examinées au chapitre précédent⁹².

CHAPITRE III

LES SYSTÈMES JURIDIQUES OPPOSÉS A L'ABUS DE DROIT

Avant de rassembler les éléments de cet examen de droit comparé et d'esquisser schématiquement la silhouette de la théorie de l'abus de droit, nous devons nous arrêter quelques instants à une troisième attitude extrêmement importante. Généralement connu sous le nom de systèmes individualistes, un groupe représenté ici par les ordres juridiques italien et britannique, manifeste à l'égard du principe de l'abus de droit une certaine hostilité que l'on ne saurait passer sous silence.

1. Droit italien⁹³ Contrairement aux ordres juridiques examinés au cours des pages précédentes, le droit italien accueille froidement et sans aucun enthousiasme la théorie de l'abus de droit. Fortement influencés aujourd'hui encore par les principes individualistes du Code Napoléon, les juristes italiens s'en tiennent à la maxime *neminem laedit qui jure suo utitur*: celui qui exerce son droit ne saurait encourir aucune responsabilité⁹⁴. Par conséquent, ils refusent d'accorder au juge de larges pouvoirs discrétionnaires en vertu d'un principe général analogue à l'article 2/2 CCS, et lui interdisent de contrôler l'exercice des droits subjectifs.

Est-ce à dire que le droit italien s'oppose à la relativité des droits, permet tout exercice, même arbitraire ou manifestement choquant des droits subjectifs, sans accorder la moindre protection à la victime? Bien au contraire; et l'on peut même constater, non sans surprise, que les résultats atteints ne diffèrent guère de ceux obtenus en France ou en Suisse par le moyen de l'abus de droit.

La raison en est relativement simple. En réalité, le droit italien suit une approche originale et propose d'autres moyens, car il envisage l'abus de droit sous un angle différent.

En fait, afin d'éviter les dangers inhérents au principe général de l'abus et les pouvoirs discrétionnaires considérables qu'il confère aux autorités judiciaires, les auteurs du Code civil italien préférèrent réglementer l'exercice de certains droits déterminés par des règles spécifiques. Par conséquent, les actes condamnés en vertu de la théorie de l'abus de droit se transforment, en droit italien, en de véritables actes illicites, par suite de la violation de ces règles spécifiques⁹⁵.

De même que dans les ordres juridiques déjà examinés, le point de friction essentiel concerne l'exercice du droit de propriété. Selon l'article 832 CCI, « le propriétaire a le droit de jouir et de disposer des choses de façon totale et exclusive, dans les limites et en observant les obligations fixées par l'ordre juridique⁹⁶ ». Ainsi, à l'image des autres systèmes occidentaux, le droit italien consacre le caractère absolu et illimité du droit de propriété, pour autant qu'aucune limite légale ne soit transgressée. Cependant, alors que le droit français interprétait cette règle fondamentale dans toute sa rigueur, le Code italien inscrit au nombre de ces limites légales une importante disposition interdisant au propriétaire « ... de commettre des actes dans le seul but de nuire ou d'importuner autrui⁹⁷ ». De même, dans le chapitre de la propriété foncière, l'article 844/1 CCI condamne les ingérences sur fonds d'autrui qui dépassent le niveau d'une « tolérance normale⁹⁸ ».

Faut-il en déduire que le droit italien adopte la théorie de l'abus de droit⁹⁹ ? Certes, l'article 833 CCI introduit la notion d'intention malicieuse ; malgré une interprétation plus large que celle tirée du paragraphe 226 BGB par les tribunaux allemands¹⁰⁰, cette disposition ne saurait résoudre toutes les contestations. C'est pourquoi fut accepté l'article 844 CCI qui confère au juge une certaine liberté d'action. Pourtant, nous ne saurions y voir une manifestation de la théorie de l'abus de droit. D'une part, ces dispositions concernent un domaine strictement limité au droit de propriété. En second lieu, le Code civil italien, par ces limitations spécifiques, crée une nouvelle gamme d'actes illicites. Si l'auteur agit en violation de ces limites, il ne commet aucun abus de droit. Il agit en dehors du droit ; il ne saurait donc en abuser, car en réalité, il n'a plus de droit¹⁰¹.

A l'image des articles 1382 et 1383 CCF sur la responsabilité, le Code civil italien dispose que « tout fait dolosif ou illicite qui cause un dommage à autrui, oblige l'auteur à réparation¹⁰² ». On a cherché à déduire de la similitude de ces textes que le droit italien admet également la théorie de l'abus de droit, puisque tel en est le fondement en France¹⁰³. A notre avis, un tel raisonnement, par trop simpliste, ne trouve sa justification ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence italiennes. Il ignore le fait que les tribunaux italiens se sont farouchement gardés de déduire de ce

texte une interprétation analogue à celle de la jurisprudence française. Si une possibilité existe théoriquement de fonder la théorie de l'abus sur l'article 2043 CCI, elle ne s'est jamais matérialisée.

Une dernière raison, quoique moins importante, accentue l'hostilité des juristes italiens à l'égard de la théorie de l'abus de droit. Contrairement au Code Napoléon, le Code civil italien ne fut jamais considéré comme immuable. La législation n'hésite pas, par l'introduction de nouvelles solutions, à le corriger et l'adapter aux changements des circonstances matérielles. Cette élimination continue des dispositions désuètes justifie à leurs yeux l'inutilité de l'abus de droit ¹⁰⁴.

En résumé, l'on peut affirmer avec la doctrine italienne, que la théorie de l'abus de droit, telle qu'elle est appliquée en France ou en Suisse, ne rencontre en Italie aucun terrain favorable. Quelques auteurs, influencés par la règle de l'article 833 CCI, hésitent légèrement en ce qui concerne l'intention exclusive de nuire à autrui, mais même dans ce cas, cette interdiction ne peut revendiquer le caractère de principe général, car elle se limite au droit de la propriété ¹⁰⁵. Le fondement du droit italien demeure pour l'instant le principe *neminem laedit qui jure suo utitur*.

Pourtant, l'ordre juridique transalpin, nous l'avons vu, n'obtient pas des résultats incompatibles avec ceux des législations favorables à la théorie de l'abus. Seule l'approche est différente. Au lieu d'énoncer un principe général accordant au juge le pouvoir de contrôler discrétionnairement l'ensemble des droits subjectifs, avec tous les dangers qu'une telle disposition comporte, il s'attache à découvrir les points de friction essentiels et à les réglementer par des normes spécifiques. « En raison de cette limitation générale et interne du contenu des droits subjectifs, on peut éliminer la notion de l'abus de droit » ¹⁰⁶.

Or, une telle attitude fournit un argument essentiel aux adversaires de la théorie de l'abus : en prouvant la possibilité d'atteindre des résultats identiques avec ou sans le concours de l'abus de droit, le droit italien prouve par la même occasion l'inutilité de ce principe. Par une voie plus sûre, puisqu'elle permet à la fois de préciser la loi et d'éviter les dangers impliqués par des pouvoirs judiciaires discrétionnaires, le système juridique italien porte atteinte au dogme de l'indispensabilité de la théorie de l'abus.

2. Droit anglais D'origine continentale, la théorie de l'abus de droit, comme de nombreux autres concepts juridiques, ne réussit point à traverser la Manche. Constamment rejetée ¹⁰⁷, elle s'incline devant la conception absolue et individualiste des droits exprimée on ne le saurait mieux par Lord Halsbury dans l'affaire *Mayor of Bradford v.*

Pickles. Permettons-nous, non seulement en raison de son importance, mais aussi de sa concision et de son élégance, de citer cette opinion dans sa forme originale : « If it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it. If it was an unlawful act, however good his motive might be, he would have no right to do it ¹⁰⁸. »

Ce précédent, essentiel en matière d'exercice des droits, mérite une attention particulière. Etrange coïncidence, les faits sont identiques à ceux des procès des sources de Saint-Galmier en France ¹⁰⁹ : par suite de travaux effectués dans la propriété d'un certain *Pickles*, la commune de Bradford s'était subitement vue privée d'eau potable, pour la plus grande joie dudit *Pickles*. En vertu d'un précédent analogue, *Chasemore v. Richards* ¹¹⁰, la Cour d'appel écarta le recours interjeté par le maire de la commune, confirmant ainsi le raisonnement de Lord Halsbury.

Cette règle, étendue par la suite à l'exercice de l'ensemble des droits ¹¹¹, constitue, aujourd'hui encore, la base des droits subjectifs anglais. Selon le système juridique britannique, « un droit doit être absolu dans sa réalisation ou n'être pas ¹¹² ».

Pourtant, certains précédents prêtent à confusion ; un juriste continental pourrait parfois y voir quelques timides applications de la théorie de l'abus de droit et en déduire l'existence d'un principe général. Ainsi, dans l'affaire *Christie v. Davey* ¹¹³, d'ailleurs truffée d'un humour délicieux, où s'affrontent deux conceptions musicales diamétralement opposées, un propriétaire se vit interdire de causer du tapage chez lui dans le but d'imiter à sa manière des concerts organisés par ses voisins. Plus significatif encore est le cas *Hollywood Silver Fox Farm Ltd v. Emmett* ¹¹⁴, où la Cour, après avoir rappelé le principe de l'immunité absolue dans l'exercice des droits, déclara illicite le fait de tirer au fusil à la limite de sa propriété, afin d'effrayer des renards argentés élevés par son voisin et lui causer ainsi d'importants dommages.

Certains auteurs déduisirent de ces précédents que si la théorie de l'abus de droit est en principe repoussée par l'ordre juridique anglais, elle n'y rencontre pas moins un certain champ d'application ¹¹⁵. A leur avis, la conception rigoriste du droit tend à s'atténuer, avant tout en fonction de l'extension du concept de *nuisance* ¹¹⁶.

En réalité, ces apparentes divergences sur le rôle exact de la théorie de l'abus de droit en droit anglais, s'évanouissent à l'examen de l'approche suivie. Sur ce point, le droit anglais rappelle sensiblement le droit italien et admet clairement que l'exercice d'un droit est licite, tant qu'il ne viole aucune limite fixée par l'ordre juridique. Mais il serait faux d'en déduire que la victime d'un acte manifestement choquant se trouve privée de toute protection. Si la violation de préceptes strictement moraux n'entraîne aucun effet juridique ¹¹⁷, la loi anglaise s'inspire de considérations

morales lorsqu'elle crée de nouvelles obligations. Ces obligations revêtent alors un caractère juridique et leur violation constitue de véritables actes illicites. C'est ainsi que le droit anglais condamne l'intention de nuire dans les cas de l'action en justice excessive, réglementée par l'Acte du 14 août 1896, la diffamation ou calomnie, la falsification de titres et marchandises, ou encore le délit de conspiration¹¹⁸. Mais contrairement à l'opinion de Winfield, de tels actes ne concernent pas le principe général de l'abus de droit ; ils sont illicites par suite de la violation de normes spécifiques.

L'une de ces obligations légales, extrêmement importante en droit anglais, mérite une attention toute particulière car elle implique une approche typiquement anglo-saxonne de la notion continentale de l'abus de droit. Il s'agit du concept de *nuisance*, l'un des piliers du *law of torts*. Relativement difficile à définir exactement, elle résulte d'un « empiètement illicite sur l'usage ou la jouissance d'un fonds appartenant à autrui ou une interférence avec un droit sur ce fonds ou en rapport avec lui¹¹⁹ ». Fondée sur la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*¹²⁰, elle interdit d'entraver autrui dans la jouissance de sa propriété ou parfois même, dans l'exercice d'un droit commun¹²¹. Autrement dit, si en principe, chacun est libre d'exercer ses droits sans encourir aucune responsabilité, il est interdit d'empiéter sur les droits d'autrui. Le droit de chacun s'arrête là où commence celui d'autrui.

C'est pourquoi même le précédent *Mayor of Bradford v. Pickles*, apparemment décisif, doit être traité avec une certaine prudence. Certains ont cherché à en diminuer l'importance en atténuant le rôle joué par l'intention de nuire. Selon cette opinion, Pickles cherchait à vendre son fonds à la commune de Bradford en en tirant le meilleur parti possible. La malice est dès lors négligeable en comparaison de l'intérêt final cherché¹²². Un tel argument rappelle singulièrement l'affaire Clément-Bayard, mais où la Cour de cassation française avait admis que si la spéculation n'est en soi pas condamnable, elle ne saurait excuser certains moyens illicites¹²³.

En fait, sous l'angle de la *nuisance*, le cas *Mayor of Bradford v. Pickles* prend une autre signification. Légalement, la commune de Bradford n'avait aucun droit aux eaux souterraines. Pour obtenir l'interdiction des travaux, il eût fallu pouvoir prouver l'existence d'un droit à l'eau des sources dont Pickles ne puisse empêcher la jouissance¹²⁴, sans commettre une *nuisance*. Or, dans le cas particulier, la règle était claire et formelle ; selon le précédent *Chasemore v. Richards* « les principes qui réglementent les droits du propriétaire de fonds aux eaux souterraines qui s'écoulent selon des cours connus et définis, soit sur ou sous la surface du sol, ne s'appliquent pas aux eaux souterraines qui s'infiltrent dans la terre selon

des cours inconnus¹²⁵ ». La commune de Bradford ne pouvait donc invoquer aucun droit. Or, si la victime ne possède aucun droit, l'acte incriminé ne constitue aucune *nuisance*, ce qui en l'espèce aboutit à la libération de Pickles. Si la commune de Bradford avait joui d'un droit quelconque sur ces eaux, le jugement aurait peut-être été différent.

La même remarque s'applique également à l'affaire *Christie v. Davey* parfois invoquée comme curieux cas d'application de la théorie de l'abus de droit¹²⁶. La Cour refusa de se laisser lier par la règle établie dans le précédent *Mayor of Bradford v. Pickles*, car la nouvelle dispute relevait de l'*annoyance*, cas particulier de la *nuisance*. En effet, si chacun possède le droit d'utiliser librement sa propriété, il a également celui d'en jouir en toute tranquillité sans être importuné par ses voisins dans les limites d'une tolérance normale. Lorsque cette limite est dépassée, l'acte constitue une *nuisance*, car le propriétaire est entravé dans le droit qu'il a à la jouissance de sa propriété.

Ainsi se présente l'attitude du droit anglais, en réalité fort logique. Les hésitations de la doctrine résultent, d'une part, de la fréquente impossibilité de comparer exactement certains concepts juridiques anglo-saxons aux notions continentales. D'autre part, le juge anglais, en raison de l'existence du principe de la force obligatoire du précédent judiciaire, évite dans ses jugements l'énoncé de règles générales, surtout lorsque celles-ci comportent une notable imprécision, de peur d'engager irrémédiablement la jurisprudence dans une voie déterminée.

En résumé, le droit anglais substitue à la théorie de l'abus de droit deux autres moyens. D'un côté, de nombreux actes comportent un caractère d'emblée illicite par suite de la violation d'une règle spécifique, alors que, sur le continent, ils ont été englobés dans la théorie de l'abus¹²⁷. En second lieu, le concept de *nuisance* fixe la limite des droits de chacun à l'endroit où commencent ceux d'autrui.

Cette solution est-elle regrettable, comme semblent le penser certains commentateurs anglais¹²⁸? En fait, nous devons constater qu'il n'y a point de grandes différences entre les résultats du système anglais et ceux des autres ordres juridiques¹²⁹, mis à part le précédent *Mayor of Bradford v. Pickles*, d'importance d'ailleurs relative. Le besoin d'introduire la théorie de l'abus de droit est atténué par le fait qu'en Angleterre une grande partie de son champ d'application est déjà visée par les règles de droit commun sur les actes illicites ou par des statuts¹³⁰. Par conséquent, comme en droit italien, l'attitude du droit anglais nous conduit à penser que la théorie de l'abus de droit n'est pas absolument indispensable, puisque, par des chemins différents, il est possible d'atteindre des résultats approximativement identiques.

CHAPITRE IV

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Loin de se manifester sous un aspect unique, l'abus de droit dessine, en droit comparé, une véritable mosaïque à laquelle chacun des ordres juridiques que nous avons examinés apporte sa contribution par une solution différente. La France et la Suisse en admettent une notion étendue; cependant, la première se fonde sur une interprétation jurisprudentielle particulière des dispositions relatives à la faute, tandis que la seconde l'inscrit *expressis verbis* au nombre des principes généraux, en tête de son Code civil. L'Allemagne atteint des résultats identiques, par une extension considérable de certains concepts apparemment étrangers à l'abus. L'Union soviétique adopte le principe général, mais renonce finalement à son application, devant le nombre élevé d'excès judiciaires. L'Italie et l'Angleterre enfin, fidèles à leur tradition individualiste, s'y opposent ouvertement, sans pour autant s'écarter sensiblement des solutions pratiques des autres législations.

Une entente timide se réalise à la rigueur en ce qui concerne l'intention exclusive de nuire à autrui, unanimement condamnée¹³¹. Pourtant, même ici, les systèmes anglais et italien refusent d'élever cette interdiction au rang de principe général.

A l'issue de cet examen sommaire des ordres juridiques internes caractéristiques, notre intention n'est point de construire en détail une théorie de l'abus de droit. Cependant, transposé en droit international, le principe de l'abus de droit conserve naturellement certains traits particuliers qu'il possède en droit interne. Aussi nous proposons-nous de dégager, sous forme de remarques générales, quelques éléments fondamentaux dont la connaissance permettra d'aborder le champ international sur des bases plus solides.

1. Le double sens de la notion d'abus Une première distinction essentielle résulte des différents sens du terme *abus*. Expression commune et commune, utilisée parfois dans des circonstances si diverses qu'elle en perd toute signification, *abus* désigne, selon les dictionnaires, tout mauvais usage d'une chose quelconque. Dans ce sens qualifié de commun, toute action jugée mauvaise ou choquante est susceptible d'être considérée comme un abus. La loi elle-même utilise parfois ce sens commun pour désigner certaines malversations ou excès, tels l'article 618 CCF relatif aux abus commis par l'usufruitier, la résiliation abusive d'un contrat de travail, mentionnée dans la plupart des ordres juridiques, la notion d'abus de confiance, etc.

Il fut dès lors aisé d'assigner à tout système juridique le but ultime de prévenir et de condamner les abus de tout genre, dans le sens d'actes que la société ne saurait supporter. Ainsi s'expliquent les observations de Rotondi, selon qui l'histoire de la théorie de l'abus s'identifie en fait à celle du droit lui-même¹³² ou de Politis pour qui, si le terme d'abus n'est parfois pas expressément mentionné, « l'idée en est clairement indiquée par les expressions équivalentes d'acte arbitraire, de motifs insuffisants, d'excès de pouvoir, de faute¹³³ ». Sous cet angle, ces remarques se justifient parfaitement, car le rôle primordial de tout ordre juridique consiste sans aucun doute à s'élever contre la commission d'actes jugés mauvais.

Mais l'abus au sens commun ne saurait s'identifier à la notion d'abus de droit. Celle-ci possède en effet une signification originale et précise. Concept strictement technique, elle s'applique dans certaines circonstances seulement, lorsque l'exercice d'un droit, en soi licite, conduit à des résultats que pour l'instant nous qualifierons d'indésirables. Autrement dit, sa signification est plus restreinte. Si l'abus de droit constitue un abus au sens commun, l'abus au sens commun n'est pas nécessairement un abus de droit.

En réalité, dans sa lutte contre les abus au sens commun, la société dispose de plusieurs moyens. Le premier et le plus important d'entre eux, auquel sera consacré la section suivante, consiste, par la création de normes juridiques spécifiques, à déclarer certains actes illégaux, hors du droit, en raison de la violation des dites normes. Cependant, ce moyen s'avère parfois insuffisant et certains actes indésirables réussissent à échapper à cette forme de contrôle. Interviennent alors d'autres notions, d'ordre général, telles que les principes de la bonne foi, l'équité, le sentiment de la justice, l'ordre public, etc., auxquelles l'autorité peut se référer devant la carence des normes spécifiques. Parmi ces principes généraux figure l'abus de droit qui s'applique lorsqu'une personne invoque l'existence d'un droit dont elle bénéficie, mais en tire des effets indésirables. L'abus de droit représente donc un moyen de lutter contre les abus au sens commun, mais il n'est pas le seul.

Cette observation permet de comprendre la raison pour laquelle certains ordres juridiques, sans admettre la notion d'abus de droit, ne s'écarterent en réalité guère des résultats atteints par les systèmes favorables à notre théorie. D'aucuns, frappés par cette similitude, en ont déduit que tous les systèmes, même individualistes, reconnaissent, du moins en substance, le principe de l'abus¹³⁴. Exacte si l'on donne à l'abus son sens commun, cette remarque ne saurait concerner la notion technique d'abus de droit. En effet, les législations dites individualistes préfèrent insister sur d'autres moyens et les développent au point d'ôter toute portée pratique à la doctrine de l'abus. Ainsi par exemple, l'Italie résolut la difficulté

en introduisant certaines dispositions spécifiques en matière de propriété et d'action en justice malicieuse, inexistantes dans d'autres ordres juridiques. Le droit anglais en fit de même grâce à la notion originale de *nuisance*.

En résumé, l'expression *abus* comporte différents sens dont la confusion conduit à discerner des applications de la théorie de l'abus de droit dans la plupart des actes illicites quels qu'ils soient. Mais en réalité, si la notion d'abus au sens commun du terme est inhérente à tout système juridique, elle n'implique pas automatiquement celle d'abus de droit. Concept strictement technique, l'abus de droit constitue un moyen parmi plusieurs autres, auquel les autorités législatives et judiciaires peuvent recourir. Mais elles n'y sont en aucun cas contraintes.

2. Abus et illégalité Le moyen essentiel de lutter contre les abus au sens commun du terme consiste, avons-nous dit, à déclarer certains actes illégaux par l'adoption de normes spécifiques. Parfois confondu avec l'abus de droit, il importe de l'en distinguer.

Sous-entendue dans l'expression même, la caractéristique fondamentale de l'abus de droit réside dans le fait que l'auteur de l'acte agit dans l'exercice d'un droit que lui confère l'ordre juridique. Il paraît donc à première vue protégé par la loi et peut se défendre en prétendant avoir toute discrétion d'agir comme il l'entend. L'abus de droit se déguise donc sous une apparence licite.

Cependant, la loi accorde rarement des droits absolus. En général, un nombre variable de normes spécifiques élèvent des limites en dehors desquelles le droit accordé n'existe plus. Si l'auteur franchit ces barrières, il ne peut invoquer aucun droit, car il agit en violation de règles déterminées ; il quitte son droit, agit en dehors du droit ¹³⁵.

Il est maintenant aisé de saisir pourquoi la violation du droit ne peut s'identifier à l'abus de droit. Si l'auteur agit en violation du droit, il lui est impossible d'en abuser pour la simple raison qu'il est en dehors de son droit, qu'il n'a plus de droit. Point de droit, point d'abus.

Dans la majorité des cas d'ailleurs, les limites sont si évidentes que personne ne songe à invoquer la théorie de l'abus. Si, par exemple, une personne se remarie sans prendre l'utile précaution d'obtenir la dissolution de son mariage précédent, personne ne suggérera qu'elle commet un abus du droit au mariage. En réalité, elle agit en dehors de ce droit, en violation des dispositions civiles, voire criminelles, relatives à la bigamie.

Parfois cependant, un doute s'élève, notamment lorsque la règle elle-même contient le terme abus. Comment interpréter par exemple les abus commis par l'usufruitier, l'abus de la puissance paternelle, la résiliation abusive d'un contrat ou certaines dispositions du droit de voisinage ?

Certains auteurs y voient sans hésitation une application de la théorie de l'abus de droit ¹³⁶. Et pourtant la nature de ces règles ne diffère nullement de celle des dispositions relatives à la bigamie. Dans les deux cas, elles établissent une limite à l'exercice d'un droit, dont la violation constitue un acte accompli sans droit, hors du droit. Cette argumentation, à laquelle l'on ne peut que se rallier, fut défendue avec une clarté remarquable par J. Dabin, à propos de l'article 618 CCF : « Peu importe, à cet égard, les termes employés, dit-il, les dégradations ou le défaut d'entretien condamnés comme « abus » de jouissance sont constitutifs, non d'abus du droit de l'usufruitier, mais d'actes formellement illégaux, par dépassement des limites du droit de l'usufruitier... Techniquement, le problème de l'abus ne naît qu'après que le législateur a disposé, au stade de l'interprétation et de l'application du droit... Bien plus, l'abus au sens technique disparaît quand le législateur ne donne un droit que sous réserve de n'en user que de telle façon non « abusive » à apprécier par le juge : l'usage dans les conditions prohibées mettrait le titulaire d'emblée hors de son droit légal ¹³⁷. »

Théoriquement, cette argumentation risque d'ouvrir la porte à une absurdité. Supposons, dans un ordre juridique imaginaire, tous les droits, sans exception, accompagnés d'une norme spécifique interdisant d'en abuser. Conformément à Dabin, ces normes spécifiques établiraient des limites à chacun des droits et leur violation constituerait un acte accompli sans droit. Or quelle différence y a-t-il entre ce système et un autre ordre juridique où, par souci de simplification, l'interdiction de l'abus de droit s'inscrit en tête du Code à titre de principe général, par suite, si l'on peut dire, d'une mise en facteur ?

Ainsi posé, le problème est insoluble, car il néglige un aspect important de la théorie de l'abus. Celle-ci, en effet, se caractérise entre autres par sa généralité. Lorsque le législateur adopte la théorie de l'abus parmi les principes généraux, il lui soumet automatiquement l'ensemble des droits. Autrement dit, l'autorité judiciaire peut contrôler en toute discrétion et sans autres directives, tout exercice d'un droit quelconque, ce qui évidemment implique un pouvoir discrétionnaire considérable. En revanche, si la loi prévoit l'interdiction d'abus dans un cas particulier, elle se borne à accorder un pouvoir discrétionnaire précis, limité, à l'autorité judiciaire. Mais il serait faux d'en déduire qu'elle favorise la même attitude à l'égard des autres droits. La différence réside donc dans la généralité de la théorie de l'abus, par opposition à la particularité des cas isolés mentionnés, de l'existence desquels il est impossible de déduire celle du principe général.

Il nous est maintenant possible d'énoncer une directive générale que nous chercherons à suivre en droit international ; différents moyens interviennent dans la lutte contre les abus au sens commun : normes spécifiques

applicables à des cas particuliers, divers principes généraux. Or, conformément à la règle selon laquelle les normes spécifiques l'emportent sur les principes généraux, il sera nécessaire, en présence de cas où la théorie de l'abus est invoquée, d'examiner préalablement si l'acte ne constitue pas plutôt la violation d'une disposition spécifique de l'ordre juridique. Autrement dit, avant de crier à l'abus, il convient de s'assurer que l'auteur n'agit pas en dehors de son droit, en dépassement des limites fixées. Négliger cette directive risque de conduire à l'admission d'innombrables précédents douteux à l'appui de la théorie de l'abus et c'est pourquoi nous nous méfions quelque peu de l'hypothèse de travail élastique utilisée dans l'étude de Kiss¹³⁸. Certes, il est parfois difficile de découvrir la norme spécifique appliquée et la théorie de l'abus offre alors une solution plausible. Il n'en demeure pas moins que la règle de l'abus de droit ne peut s'appliquer qu'après élimination des autres moyens existants.

3. Le non-sens apparent de la notion d'abus de droit

Reste à examiner une objection fondamentale, adressée à la théorie de l'abus peu après son apparition. Formulée en termes incisifs par Planiol, elle lui reproche son absurdité, son non-sens : « Il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quel-

conque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit¹³⁹. » Selon une variante de cette critique, tout abus de droit est en réalité un acte illégal, en dehors du droit, car il viole la norme juridique qui en prévoit l'interdiction¹⁴⁰. En droit suisse, cela reviendrait à dire, par exemple, que tout abus de droit est illicite en raison de la violation de l'article 2/2 CCS. Tel est le sens d'une autre remarque de Planiol : « Le droit cesse où l'abus commence¹⁴¹. »

Dans son *Esprit des droits*, Josserand s'attacha à réfuter cette objection et en vit la cause dans l'ambiguïté du mot *droit*. D'une part, dit-il, ce terme désigne une prérogative, un droit subjectif déterminé, mais de l'autre, il exprime également l'esprit dégagé de l'ordre juridique et social en tant que tel, auquel il donne le nom de juricité. Par conséquent, la contradiction disparaît, car sous le couvert d'une prérogative déterminée, l'acte abusif s'oppose à l'esprit du droit : l'abus de droit est conforme au droit subjectif en question, mais contraire à la juricité¹⁴².

Dans un ouvrage plus récent, le professeur Dabin insiste sur le caractère immoral de l'abus de droit et résout la difficulté par l'introduction d'une double légitimité. Il distingue en effet une légitimité juridique et une légitimité morale. En d'autres termes, pour être valable, un acte doit se conformer à la fois aux dispositions de l'ordre juridique et aux préceptes de la morale. L'abus de droit retrouve alors sa signification car, si l'acte

abusif est conforme à la légitimité juridique, il s'oppose à la légitimité morale¹⁴³.

S'engager dans cette controverse serait ici prématuré, car les arguments de ces deux savants dépendent essentiellement de la signification qu'ils accordent à l'abus et du critère adopté¹⁴⁴. Pourtant, à notre avis, l'objection de Planiol demeure irréfutable : un acte ne peut être à la fois conforme et contraire au droit, situations logiquement incompatibles. Lorsqu'un système juridique reconnaît l'interdiction générale de l'abus de droit, les actes accomplis en violation de cette règle doivent par conséquent être assimilés aux actes illicites. Ils ne sauraient s'inscrire dans une catégorie à part, dite *sui generis*, en raison de leur prétendue nature hybride à la fois licite et illicite.

Sous cet angle, la théorie de l'abus de droit prend un sens nouveau : le problème revient à déterminer les conditions dans lesquelles s'applique le principe général, à l'image des études consacrées aux principes de la bonne foi, de l'ordre public, des actes contraires aux mœurs, etc. Justement aperçue par Josserand, la confusion résulte des différents sens du mot droit. D'un côté, il désigne une faculté particulière, un droit subjectif spécifique, de l'autre, l'ordre juridique dans son ensemble, le droit en général¹⁴⁵.

Par conséquent, il n'est plus inconcevable de maintenir la notion d'abus de droit, face à celle de violation du droit. Absurde si les deux expressions visent en même temps la même faculté déterminée, la disposition conserve sa validité par le double sens du terme *droit*. En effet, s'il est impossible de commettre à la fois une violation et un abus d'un droit spécifique, l'abus d'un tel droit constitue indubitablement la violation d'un principe général reconnu par l'ordre juridique, par le droit en tant que système de règles : sur le plan inférieur, à l'égard du droit subjectif spécifique, l'auteur de l'acte commet un abus. Mais en même temps, à l'échelon supérieur du système juridique, il agit en violation de la règle interdisant l'abus de droit.

Plus précise, la terminologie anglaise permet d'éviter la contradiction par l'usage des termes *right* et *law*. Particularité significative, les juristes d'outre-Manche n'utilisent pas l'expression *abuse of law*, mais celle d'*abuse of right*. Or, en droit anglais, *right* désigne un droit subjectif, une faculté déterminée, tandis que *law* concerne le corps de règles que constitue le système juridique. Par conséquent, en vertu de cette distinction, s'il est impossible à la fois d'abuser et de violer un *right*, il est clair que tout *abuse of right* correspond à une *violation of law*, lorsque ce dernier, c'est-à-dire l'ordre juridique, en prévoit l'interdiction.

En résumé, si les objections de Planiol et de Strupp sont logiquement irréfutables, elles ne résolvent pas pour autant le problème de l'abus de

droit. Elles en changent simplement l'expression, l'éclairent sous un jour nouveau, car la question revient alors à savoir dans quelles conditions s'applique l'interdiction générale d'exercer ses droits de manière indésirable.

CHAPITRE V

EXCÈS DE POUVOIR ET DÉTOURNEMENT DE POUVOIR

Avant de passer à l'étude de la théorie de l'abus de droit dans le domaine des relations internationales, il nous reste encore à examiner brièvement, en droit interne, les notions d'excès et de détournement de pouvoir. En effet, la terminologie utilisée dans la doctrine et la jurisprudence internationales est souvent confuse ; les termes « excès de pouvoir », « détournement de pouvoir » et « abus de pouvoir » s'emploient fréquemment à titre de synonymes, mais possèdent parfois aussi un sens différent ¹⁴⁶. Il est donc nécessaire de préciser en quelques mots le sens et la portée des concepts d'excès et de détournement de pouvoir, notions fondamentales du droit public et administratif.

Au cours du XIX^e siècle, en raison de la naissance de l'Etat moderne, l'administration prit une extension considérable et le pouvoir des autorités s'accrut dans une large mesure. Mais parallèlement, par souci de justice et d'ordre administratif, de nouveaux moyens de recours furent mis à disposition des administrés. En effet, le recours classique de pleine juridiction s'avéra rapidement insuffisant, car il ne pouvait être dirigé contre les actes dits « d'autorité » ou « de commandement », c'est-à-dire contre tous les actes commis par l'agent administratif de manière unilatérale, en vertu de ses pouvoirs ¹⁴⁷. L'on vit alors apparaître, sous le nom de recours pour excès de pouvoir, une notion nouvelle permettant d'intervenir chaque fois qu'« un agent administratif a fait un acte qui dépasse les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles juridiques gouvernant sa fonction ¹⁴⁸ ».

Extrêmement vaste, la notion d'excès de pouvoir possède aujourd'hui un caractère générique et désigne l'ensemble des cas où une autorité sort du domaine de ses compétences. Un tel excès de pouvoir peut se manifester de quatre manières différentes, de sorte que ce concept comprend en réalité quatre recours distincts dirigés contre certains actes de l'administration :

1^o Le recours pour incompétence : ce moyen peut s'exercer lorsque l'acte de l'autorité administrative « ne rentre pas dans les attributions légales de l'agent qui l'a accompli ».

2° Le recours pour violation des formes ou vice de forme : cette voie est ouverte lorsque l'agent a omis ou accompli de façon incomplète ou irrégulière les « formes procédurales auxquelles un acte administratif est assujéti soit par les lois et règlements, soit par la nature des choses ».

3° Le recours pour violation de la loi : il intervient lorsque « l'agent administratif par son acte a méconnu une disposition impérative d'un acte-règle touchant le fond du droit », c'est-à-dire lorsque l'agent a violé une règle de droit matériel.

4° Le recours pour détournement de pouvoir : celui-ci est ouvert aux administrés « lorsque l'agent accomplit son acte en poursuivant un but autre que celui en vue duquel ses pouvoirs lui ont été conférés ¹⁴⁹ ».

Si les trois premiers recours se différencient sensiblement de la notion d'abus de droit, le dernier en revanche mérite une attention particulière. Selon la doctrine et la jurisprudence administratives, le détournement de pouvoir se produit dans trois éventualités différentes :

a) Il est le plus manifeste lorsque l'agent administratif exerce ses pouvoirs non pas dans l'intérêt général, mais dans le but de satisfaire une animosité personnelle, d'assouvir une rancune ou de nuire à autrui.

b) L'agent administratif commet également un détournement de pouvoir lorsqu'il accorde sa préférence à des intérêts privés, soit personnels, soit à ceux de tiers, au détriment de l'intérêt public ¹⁵⁰.

c) Constitue enfin un détournement de pouvoir l'acte administratif par lequel l'agent favorise un intérêt public autre que celui prévu par la loi. Dans cette éventualité, l'agent n'exerce pas ses pouvoirs à des fins privées ; il respecte l'intérêt général mais détourne la loi de sa fonction sociale, s'écarte de l'esprit de la norme juridique. Peu importe qu'il soit de bonne ou mauvaise foi ¹⁵¹, il n'en commet pas moins un détournement de pouvoir ¹⁵².

Nous retrouvons donc ici les trois critères principaux de l'abus de droit, tels que nous les avons relevés en droit français et en droit suisse : l'intention de nuire, le déséquilibre des intérêts et le détournement de l'esprit et de la fonction du droit. Le dernier d'entre eux constitue même, selon Josserand, le critère fondamental de l'abus de droit ¹⁵³. En fait, la doctrine s'accorde à reconnaître que le détournement de pouvoir et l'abus de droit représentent les deux faces du même problème, selon qu'on l'envisage sous l'angle du droit public ou sous celui du droit privé ¹⁵⁴. Dans les deux cas, le critère essentiel réside dans le but de la disposition légale : « C'est en raison de cette non-conformité des mobiles au but normal du droit que le détournement du droit est réalisé ¹⁵⁵. »

Malgré certaines variantes, la notion de détournement de pouvoir se retrouve en substance dans la majorité des systèmes de droit public et administratif internes ¹⁵⁶. Il serait dès lors facile de penser que puisque

détournement de pouvoir et abus de droit sont les deux aspects du même problème, l'admission de l'un en droit administratif implique celle de l'autre en droit privé. Par conséquent, l'Angleterre et l'Italie qui acceptent, dans une certaine mesure, la notion de détournement de pouvoir, devraient également accepter celle d'abus de droit.

Une telle attitude serait toutefois erronée. En effet, en droit public et administratif, le principe de la fonctionnalité occupe une place fondamentale : les autorités remplissent une fonction publique, agissent dans l'intérêt général. Il leur est par conséquent interdit d'exercer leurs pouvoirs dans des buts autres que ceux en vue desquels ils leur ont été conférés ¹⁵⁷.

En revanche, le principe de la fonctionnalité n'a pas influencé le droit privé d'une manière aussi profonde. Les droits octroyés par la loi doivent permettre aux sujets de droit de protéger leurs intérêts personnels. « Mais il ne faut pas demander à celui qui exerce son droit de se préoccuper lui-même de l'intérêt social. Le droit est accordé pour conférer une situation privilégiée à celui qui l'exerce ¹⁵⁸. » A notre avis, les seules exceptions où le droit civil s'inspire du principe de la fonctionnalité concernent certains cas particuliers où la loi assimile les sujets de droit privé à des autorités publiques. Il en est ainsi du tuteur, du curateur, du détenteur de la puissance paternelle, de l'exécuteur testamentaire, etc. Ceux-ci doivent agir dans un but déterminé ; ils exercent en fait des pouvoirs qu'ils ne peuvent détourner de leur fonction sociale. Mais en général, les droits subjectifs ne possèdent pas un tel caractère fonctionnel.

En résumé, nous constatons tout d'abord que les notions d'excès de pouvoir et d'abus de droit ne sont pas identiques. Terme générique, l'excès de pouvoir comprend l'ensemble des cas dans lesquels une autorité administrative sort du domaine de sa compétence, et possède par conséquent un sens très étendu. En revanche, le détournement de pouvoir correspond parfaitement à la notion d'abus de droit et ces deux concepts ne diffèrent que par leur domaine d'application. Le premier se rencontre en droit administratif, le second en droit privé, mais tous deux possèdent une signification identique et répondent aux mêmes critères.

CONCLUSIONS

Nous avons ainsi terminé cette première partie consacrée à l'étude sommaire du droit comparé.

Ces quelques pages ont avant tout démontré l'ambiguïté considérable de l'expression abus de droit. Selon le sens donné tour à tour aux mots abus et droit, l'on aboutit généralement à des conclusions inconciliables, source de l'interminable controverse doctrinale. L'on pourrait même

prétendre que sans cette expression obscure, la théorie de l'abus n'aurait jamais connu le succès et la popularité dont elle jouit à l'heure actuelle.

Nous nous sommes efforcés de préciser le sens dans lequel nous allons maintenant utiliser cette expression, ramenant ainsi l'abus de droit à des proportions plus modestes. Moyen technique parmi d'autres, ce principe, qu'une partie de la doctrine tente d'introduire sur le plan international, intervient en droit interne dans des conditions bien déterminées. Aussi une certaine prudence est-elle de rigueur. Nous devons aborder chaque cas particulier avec une certaine suspicion, voir si en fait il ne tombe pas sous le coup de l'illégalité par suite de la violation d'une règle spécifique peu apparente. C'est par ce procédé seulement, peut-être lourd et inélégant, mais effectif, que pourront alors se déterminer, s'il en existe, les cas réels d'application de la théorie de l'abus de droit en droit international.

NOTES DE LA PREMIÈRE PARTIE

¹ M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, p. 127 : « Ecrire une histoire de l'abus de droit est impossible, cela reviendrait à écrire une histoire de l'évolution du droit. »

² *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, RCADI 1925 I p. 5.

³ E. R. C. VAN BOGAERT, *Het rechtsmisbruik in het volkenrecht* ; G. VAN DER MOLEN, *Misbruik van recht in het volkenrecht* ; A.-C. KISS, *L'abus de droit en droit international*.

⁴ RCIJ 1947-1948 pp. 69-71, 79-80 ; 1949 pp. 47-48, 75, 129 ; 1950 pp. 14-15, 19-20, 348-349 ; 1951 p. 150 ; 1952 p. 56 ; 1953 pp. 22-23 ; 1954 pp. 70-74 ; 1955 pp. 31, 37-38, 42 ; 1956 pp. 131, 140, 149, 151.

⁵ L'exemple caractéristique est sans aucun doute la remarquable étude de Kiss, où l'auteur analyse un vaste domaine des relations internationales sous l'angle de l'abus de droit.

⁶ Tel est en substance le plan suivi par Politis (*Les limitations*, RCADI 1925 I pp. 77-112), S. Trifu (*La notion de l'abus de droit dans le droit international*) et van Bogaert.

⁷ Scerni (*L'abuso di diritto nei rapporti internazionali*) propose une autre classification dans son étude de droit comparé, selon que les systèmes juridiques condamnent l'abus de droit en vertu d'une norme générale, des principes généraux ou affirment que l'exercice des droits est toujours licite ; de même Josseland distingue les législations à critère intentionnel, fonctionnel, et les législations absolutistes (*De l'esprit des droits et de leur relativité*).

⁸ Voir l'art. 544 CCF, exemple de cette conception individualiste appliquée au droit de propriété : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

⁹ *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation* (ci-après : Dalloz), 1856 II pp. 9-10.

¹⁰ Dalloz, 1856 II p. 199.

¹¹ *Ibid.*, 1856 II p. 199. Les conséquences de cette manière de voir, dont l'étude serait ici prématurée, seront examinées en relation avec le système anglais et dans les conclusions générales de la première partie.

¹² *Ibid.*, 1902 I p. 454.

¹³ *Ibid.*, 1917 I p. 79.

¹⁴ *Ibid.*, 1917 I p. 79.

¹⁵ *Ibid.*, 1937 DH pp. 393-394.

¹⁶ *Ibid.*, 1954 Somm. p. 64 : Si le fait d'agir en justice constitue l'exercice d'un droit, « il en est autrement quand l'action en justice a été exercée malicieusement. »

¹⁷ Art. 1382 CCF : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

Art. 1383 CCF : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

¹⁸ H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, p. 519.

¹⁹ E. PORCHEROT, *De l'abus de droit* ; R. SALEILLES, *De l'abus de droit* ; C. COROI, *La théorie de l'abus de droit en droit français* ; P. ROUSSEL, *L'abus de droit* ; JOSSELAND,

De l'esprit des droits et de leur relativité; R. CAMPION, *De l'exercice antisocial des droits subjectifs, la théorie de l'abus des droits*; J. DABIN, *Le droit subjectif*. Afin d'éviter toute répétition inutile, les éléments de cette controverse seront examinés sur le plan du droit international, en particulier dans les pages consacrées aux critères de l'abus.

²⁰ COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, II p. 233.

²¹ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I pp. 157-158; COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire*, I pp. 824-826, II pp. 232-242; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, VI pp. 457-462; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI pp. 798-809; ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi*, pp. 94-97; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, I pp. 50-54.

²² PLANIOL, *Traité élémentaire*, I p. 158; ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi*, pp. 106-107.

²³ AUBRY et RAU, *Droit civil français*, VI p. 460; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, VI p. 801.

²⁴ L'exemple type concerne indubitablement la concurrence économique où, dans le cadre légal, chacun s'efforce de prospérer aux dépens de son prochain.

²⁵ Séance du 11. 3. 1905, rapport de Saleilles du 25. 3. 1905; cf. PERROCHET, *Essai sur la théorie de l'abus du droit*, p. 107.

²⁶ Travaux de la Commission, séances du 5. 4. et 24. 5. 1951.

²⁷ *Ibid.*, année 1950-1951, p. 23.

²⁸ Art. 147 de l'avant-projet de Code civil, Paris, 1955.

²⁹ Appelés droits non causés par JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, pp. 389-391; il s'agit de droits dont l'exercice ne nécessite aucune motivation et auxquels par conséquent, selon la doctrine, la théorie de l'abus de droit ne saurait s'appliquer. Exemple: le droit de la femme de décliner une tutelle, le droit d'un ascendant de s'opposer au mariage d'un descendant mineur, le droit de couper racines et branches qui pénètrent sur son propre fonds, ou encore le droit de tester, d'exhérer, etc.

³⁰ Travaux de la Commission, année 1950-1951, p. 24.

³¹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 28. 5. 1904, sur le projet de Code civil suisse; ROSSEL et MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*; E. CURTI-FORRER, *Il codice civile svizzero*; A. HOMBERGER, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*; M. GMÜR, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*; EGGER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*; P. TUOR, *Le code civil suisse*; W. BÜRGI, *Fiche juridique suisse*, N° 90 (Bonne foi); M. SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 16; GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, pp. 39-41.

³² Art. 644 du projet de 1900.

³³ EGGER, *Kommentar*, I p. 72.

³⁴ W. BÜRGI, *Fiche juridique suisse*, N° 90.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ GMÜR, *Kommentar*, I p. 56: « Ein Mädchen für alles. »

³⁷ Tel est en particulier le cas de l'art. 147 de l'avant-projet de Code civil français.

³⁸ ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, p. 68.

³⁹ SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 19 (trad.).

⁴⁰ GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 40.

⁴¹ GMÜR, *Kommentar*, I p. 57.

⁴² JdT 1956 I 455, cons. 2, p. 461 (ATF 81 II 577).

⁴³ JdT 1954 I 51, cons. 5 p. 57 (ATF 79 II 174).

⁴⁴ « Offenbarer Rechtsmissbrauch » et « abuso manifesto », selon les termes officiels allemand et italien.

⁴⁵ GMÜR, *Kommentar*, I p. 56, quatrième élément constitutif.

⁴⁶ ROSSEL et MENTHA, *Manuel* (2^e éd.), p. 64. Cette caractéristique fut expressément mentionnée dans le Message du Conseil fédéral du 28. 5. 1904.

⁴⁷ BÜRGI, *Fiche juridique suisse*, N° 90; EGGER, *Kommentar*, I pp. 74-79; seul parmi les commentateurs, Gmür s'efforce d'échapper à la casuistique et analyse certains éléments constitutifs de l'abus de droit: 1° il doit s'agir de l'exercice d'un droit privé subjectif formel dont l'existence est en soi incontestée; 2° dommage; 3° absence d'intérêt digne de protection; 4° relation avec le principe de la bonne foi (*Kommentar*, I p. 56).

⁴⁸ Il est de jurisprudence constante que « ... c'est un abus de droit de la part d'une partie d'invoquer un vice de forme qu'elle a voulu elle-même dans son propre intérêt » (ATF 78 II 221, JdT 1953 I 240).

⁴⁹ ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, p. 67.

⁵⁰ BÜRGI, *Fiche juridique suisse*, N° 90; EGGER, *Kommentar*, I p. 75.

⁵¹ Exemple de la prudence avec laquelle le Tribunal fédéral suisse utilise ce critère, ATF 79 II 56, JdT 1954 I 105.

⁵² L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 368. Le critère fonctionnel de Josserand sera examiné plus loin dans la partie internationale, sous la rubrique consacrée aux critères de l'abus.

⁵³ En revanche, n'est en principe pas un abus l'acte par lequel l'auteur cherche à atteindre un but licite par un moyen non prévu par la loi.

⁵⁴ Parmi les arrêts récents: ATF 77 II 161, JdT 1952 I 112; ATF 78 II 221, JdT 1953 I 240; ATF 80 II 26, JdT 1955 I 146.

⁵⁵ Est par exemple abusif en vertu de l'ordre public le fait de tromper la confiance inspirée à autrui, ou de se prévaloir d'un droit dont la raison d'être est entre temps tombée.

⁵⁶ Art. 66 COS: « Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs. »

⁵⁷ ATF 76 II 346, JdT 1951 I 534.

⁵⁸ *Ibid.* Crochets ajoutés (le texte original de l'arrêt indique le nom du défendeur).

⁵⁹ M. SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 19 (trad.).

⁶⁰ *Ibid.*, p. 19 (trad.).

⁶¹ DAVID et HAZARD, *Le droit soviétique*, I p. 251.

⁶² V. GOVSKI, *Soviet civil law* (1948); HAZARD et WEISBERG, *Cases and readings on Soviet law* (1950); DAVID, *Cours de droit civil comparé* (1952-1953); DAVID et HAZARD, *Le droit soviétique* (1954).

⁶³ V. GOVSKI, *Soviet civil law*, p. 316.

⁶⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, pp. 274-275; SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 21-22; GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, pp. 41-42.

⁶⁵ ELIACHEVITCH, NOLDE et TRAGER, *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, I p. 63.

⁶⁶ *Ibid.*, I p. 66.

⁶⁷ GOVSKI, *Soviet civil law*, p. 325 (trad.).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 326; cf. dans le même sens, l'instruction circulaire de la Cour suprême, 1927 N° 1, citée dans ELIACHEVITCH, NOLDE et TRAGER, *Traité*, I p. 58. Les instructions promises ne virent d'ailleurs jamais le jour.

⁶⁹ ELIACHEVITCH, NOLDE et TRAGER, *Traité*, I p. 69.

⁷⁰ Selon Govski (*Soviet civil law*, p. 335), le Manuel de droit civil de 1944 ne lui assigne qu'un rôle des plus modestes; l'ouvrage de Hazard et Weisberg (*Cases and readings on Soviet law*, p. 14) n'accompagne d'aucun commentaire la simple citation de l'art. 1^{er}; enfin, aucune mention n'en est faite dans l'ouvrage d'A. VYCHINSKI, *The law of the Soviet State*.

⁷¹ GOVSKI, *Soviet civil law*, p. 334.

⁷² DAVID et HAZARD, *Le droit soviétique*, I p. 249.

⁷³ *Ibid.*, I p. 251.

⁷⁴ « Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. » Traduction du Ministère français de la justice, I p. 334; JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, p. 266.

⁷⁵ ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechtes*, II § 239 III; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, ad § 226; J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, I p. 873; PLANCK, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, I p. 563; SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, I ad § 226 N. 1b.

⁷⁶ PLANCK, *Kommentar*, I p. 563; selon le texte légal: « ... nur haben kann... »; SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, I ad § 226 N. 2 a et b.

⁷⁷ ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, II § 239 III.

⁷⁸ PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, ad § 226.

⁷⁹ PLANCK, *Kommentar*, I p. 564.

⁸⁰ PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, ad § 226.

⁸¹ « Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorzüglich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet. » Traduction du Ministère français de la justice, II p. 392; JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, p. 267.

⁸² Lorsqu'on ne peut invoquer le § 226, il y a toujours possibilité de s'accrocher au § 826, selon ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, II § 239 III; cf. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, II ad § 826.

⁸³ JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, p. 267.

⁸⁴ PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, ad § 826 (trad.). Dans le même sens, ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, II § 239 III ad § 826, parlent de tout exercice d'un droit (« jede Rechtsausübung »).

⁸⁵ Par exemple l'exercice du droit d'un père de refuser son consentement au mariage de son enfant mineur, peut être considéré comme exercice contraire aux mœurs. (J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, II p. 1830.)

⁸⁶ J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, II p. 1826: « ... unter sorgfältiger Abwägung aller Umstände des einzelnen Falles nach freiem Ermessen... »

⁸⁷ *Ibid.*, II p. 1819: « ... dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspreche. »

⁸⁸ Ce concept est fréquemment mentionné par le Tribunal fédéral suisse.

⁸⁹ J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, II p. 1824.

⁹⁰ PLANCK, *Kommentar*, I p. 563.

⁹¹ JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, p. 269; GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, pp. 36-38.

⁹² Dans le même sens: SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 11-13.

⁹³ M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, pp. 432 ss; SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 37-46; CASATI-RUSSO, *Diritto civile italiano*, p. 307; RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, pp. 523-528; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 249; A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, p. 514; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, pp. 58 ss; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, pp. 711-712; A. TRABUCCHI, *Istituzioni del diritto civile*, p. 370.

⁹⁴ SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 37; D. BARBERO, *Sistema istituzionale*, p. 712; RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni*, p. 523.

⁹⁵ SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 37-38.

⁹⁶ « Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico. »

⁹⁷ Art. 833: « Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri. »

⁹⁸ « Normale tollerabilità. » Le droit italien contient en outre diverses dispositions restreignant l'exercice de droits subjectifs déterminés: art. 840/2, 1175 CCI, etc.

⁹⁹ JOSSEERAND, *De l'esprit des droits*, pp. 279-280 ; MESSINEO, *Manuale*, p. 249.

¹⁰⁰ Selon BARBERO, *Sistema istituzionale*, pp. 711-712, le critère réside dans un juste équilibre entre le dommage objectif et l'intention subjective ; dans le même sens : RUGGIERO et MAROI, *Istituzioni*, p. 524 note 2, qui prévoient trois critères : dommage causé à autrui, absence d'intérêt et intention de nuire.

¹⁰¹ SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 37-38.

¹⁰² Art. 2043 CCI : « Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno. »

¹⁰³ PERROCHET, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, pp. 185-186.

¹⁰⁴ SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 38-40.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 37 ; Casati-Russo, en revanche, y voient un principe général dont la portée s'étend à l'ensemble des droits subjectifs (*Diritto civile*, p. 307).

¹⁰⁶ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, p. 60.

¹⁰⁷ GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 30 ; W. FRIEDMANN, *Legal theory*, p. 393 ; R. O'SULLIVAN, *Abuse of rights*, CLP 1955 p. 65 ; Salmond on torts, p. 36.

¹⁰⁸ [1895] A. C. 594.

¹⁰⁹ Voir plus haut, pp. 15-16.

¹¹⁰ 11 E. R. 140 ; cf. également l'affaire ultérieure *Allen v. Flood*, [1898] A. C. 1.

¹¹¹ Opinion de Lord Macnaghton dans *Hollywood Silver Fox Farm Ltd v. Emmett*, (1936) 2. K. B. 468 : ce principe « ne s'applique pas seulement au droit de propriété, mais également à l'exercice, par une personne, de ses autres droits » (trad.).

¹¹² JOSSEERAND, *De l'esprit des droits*, p. 284 ; SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 47-48 ; PERROCHET, *Essai*, p. 182 ; GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 30 ; Winfield on torts, pp. 71-72 ; FRIEDMANN, *Legal theory*, p. 393 ; R. O'SULLIVAN, *Abuse of rights*, CLP 1955 p. 65.

¹¹³ (1893) 1. Ch. 316.

¹¹⁴ (1936) 2. K. B. 468, cf. note 5 p. 36.

¹¹⁵ H. LAUTERPACHT, *The absence of an international legislature and the compulsory jurisdiction of international tribunals*, BYB 1930 p. 146 ; *The function of law in the international community*, p. 295 ; Winfield on torts, pp. 71-72.

¹¹⁶ W. FRIEDMANN, *Legal theory*, p. 393.

¹¹⁷ Lord Atkin dans *Donoghue v. Stevenson*, (1932) A. C. 580.

¹¹⁸ Winfield on torts, pp. 71-72.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 536 (trad.).

¹²⁰ Salmond on torts, p. 177.

¹²¹ POLLOCK, *Law of torts*, p. 302.

¹²² Salmonds on torts, p. 35.

¹²³ Voir plus haut, p. 16.

¹²⁴ [1895] A. C. 592 : « It is necessary for the plaintiffs to establish that they have a right to the flow of water, and that the defendant has no right to do what he is doing. »

¹²⁵ 11 E. R. 140. Le texte anglais est significatif : « ... which merely percolates through the strata in no known channels. »

¹²⁶ GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 30. Outre *Christie v. Davey*, (1893) 1. Ch. 316, voir le précédent analogue *Hollywood Silver Fox Farm Ltd v. Emmett*, (1936) 2. K. B. 468.

¹²⁷ GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 35 ; SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 47.

¹²⁸ GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 22 ; Winfield on torts, pp. 71-72.

¹²⁹ H. LAUTERPACHT, *The function of law*, p. 295.

¹³⁰ GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 44.

¹³¹ SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 52 ; GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 42.

¹³² M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, p. 127.

¹³³ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 107.

¹³⁴ H. LAUTERPACHT, *The absence of an international legislature*, BYB 1930 p. 146 ; *Winfield on torts*, pp. 71-72.

¹³⁵ Selon Salvioi, le problème se réduit à une question d'interprétation, car il est nécessaire de déterminer le contenu de chaque droit subjectif, autrement dit, d'en établir les limites (*Les règles générales de la paix*, RCADI 1933 IV p. 68).

¹³⁶ COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, II pp. 232-242 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, VI pp. 810-831.

¹³⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif*, pp. 271-272 ; cf. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, pp. 179-181.

¹³⁸ A.-C. KISS, *L'abus de droit*, p. 11.

¹³⁹ PLANIOL, *Traité élémentaire*, II p. 336.

¹⁴⁰ STRUPP, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1934 I p. 558.

¹⁴¹ PLANIOL, *Traité élémentaire*, I p. 157.

¹⁴² JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, pp. 307-320.

¹⁴³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, pp. 293-302.

¹⁴⁴ Voir plus bas, pp. 64-67.

¹⁴⁵ Nous évitons à dessein le terme « juricité », lié au critère choisi par Josserand, et exprimant l'esprit dégagé du système juridique, plutôt que le système juridique lui-même.

¹⁴⁶ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I pp. 83-85 ; M. SIBERT, *L'affaire des téléphones de Colombie*, RGDIP 1931 p. 687 ; SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, ZVR 1933 pp. 374-376 ; SPIROPOULOS, *L'abus du droit de vote par un membre du Conseil de Sécurité*, Revue hellénique, 1948 I p. 6 ; CAVARÉ, *Les sanctions dans le cadre de l'ONU*, RCADI 1952 I p. 223 ; KISS, *L'abus de droit*, pp. 81, 93, 170 et 187.

¹⁴⁷ R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 36.

¹⁴⁸ DUEZ et DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, p. 336 ; HAURIU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, II p. 408.

¹⁴⁹ DUEZ et DEBEYRE, *Traité*, resp. pp. 384, 386, 388 et 391.

¹⁵⁰ M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, p. 126.

¹⁵¹ S. A. DE SMITH, *The abuse of statutory powers*, *Public law*, 1956 p. 238 ; S. GALEOTTI, *The judicial control of public authorities in England and in Italy*, p. 111.

¹⁵² Le premier précédent français en matière de détournement de pouvoir concerne précisément cette dernière éventualité : affaire Lesbats, Dalloz, 1856 III 29.

¹⁵³ Voir plus bas, pp. 64-66.

¹⁵⁴ CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, p. 381 ; G. SCHELLE, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1933 IV p. 369 ; ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 236.

¹⁵⁵ CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, p. 381.

¹⁵⁶ S. GALEOTTI, *The judicial control*, p. 108 ; A. VAN HOUTTE, *La Cour de justice de la CECA*, *Annuaire européen*, 1956 pp. 190-191.

¹⁵⁷ B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, p. 195.

¹⁵⁸ PLANIOL, *Traité élémentaire*, I p. 158.

DEUXIÈME PARTIE

CONSTRUCTION THÉORIQUE DE L'ABUS DE DROIT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

Dès que l'on aborde le domaine des relations internationales, les difficultés entrevues au cours de notre examen de droit comparé augmentent dans une large mesure. La mosaïque composée par les diverses solutions des droits internes se complique ; dans la doctrine, les défenseurs de la théorie de l'abus de droit sont loin de s'entendre, car chaque auteur propose généralement une définition personnelle de l'abus de droit, souvent influencée soit par la législation de son propre pays, soit par certains traits caractéristiques particuliers de l'abus de droit.

Les uns en effet accordent une influence déterminante à l'intention exclusive ou essentielle de nuire à autrui¹. D'autres s'inspirent du principe de la balance des intérêts en présence et estiment qu'il y a abus de droit lorsqu'un intérêt plus fort ou plus digne de protection est lésé par un intérêt plus faible². D'autres encore, influencés par la théorie de Josserand³, discernent un abus de droit dans le cas où l'auteur de l'acte incriminé détourne la disposition légale de son but original et contredit ainsi l'esprit du droit⁴. Une partie des auteurs germaniques se réfère au paragraphe 826 BGB et qualifie d'abus de droit l'acte qui viole la conscience juridique de la communauté internationale⁵. La doctrine anglo-saxonne et hellénique s'attache généralement au caractère arbitraire, irraisonnable de l'acte abusif⁶. L'on rencontre enfin quelques opinions isolées, impossibles à classer sous les rubriques précédentes, soit parce que leurs auteurs relèvent divers aspects du concept d'abus de droit et leur accordent une importance égale⁷, soit parce qu'ils exposent une conception originale de cette notion⁸.

D'autre part, l'examen de la pratique internationale ne permet guère d'éclaircir la situation. Sous réserve de quelques rares exceptions, aucun traité ou convention ne prévoit l'interdiction de l'abus de droit⁹, de sorte

qu'il est indispensable de se référer également aux précédents judiciaires ou arbitraux¹⁰. Or, si l'expression abus de droit se rencontre parfois dans certains arrêts de la Cour permanente de Justice internationale ou de la Cour internationale de Justice¹¹, les passages en question sont d'une importance relative, car l'abus de droit y fut invoqué en passant, sans que les juges y attachent une grande attention, à l'exception d'Alvarez.

Il est vrai qu'en revanche, certains auteurs s'imaginent découvrir des applications pratiques de la théorie de l'abus de droit dans plusieurs sentences arbitrales, mais nous aurons par la suite l'occasion de constater que tel n'est en réalité pas le cas. En dernier lieu, l'on peut également s'astreindre à dépouiller la correspondance diplomatique, dans l'espoir d'y découvrir des précédents favorables à la théorie de l'abus de droit. Une telle entreprise doit cependant s'accompagner d'une prudence considérable. En effet, la correspondance diplomatique est une source passablement discutée dans la doctrine¹²; elle n'est le plus souvent que l'expression de considérations politiques ou opportunistes¹³, et la terminologie utilisée reflète rarement la prudence, l'objectivité et la précision d'une décision judiciaire. Or l'abus de droit, tel que nous l'avons esquissé en droit comparé, constitue un concept fluide, difficile à saisir et, de plus, strictement technique. Il n'est certes pas exclu d'en trouver quelques exemples dans la correspondance diplomatique, mais ceux-ci devront alors être soumis à un examen attentif et critique.

Cette situation apparemment illogique s'explique en réalité de la manière suivante : à l'heure actuelle, l'on ne peut nier que l'interdiction de l'abus de droit constitue une norme admise dans plusieurs ordres juridiques internes. Plusieurs juristes s'efforcent de l'introduire également dans le domaine des relations internationales. Cependant, si du point de vue théorique, le principe de l'abus de droit peut s'adapter sans grandes difficultés au droit international, tout autre est la question de son application pratique réelle. En fait, nous aurons l'occasion de constater que la jurisprudence internationale n'offre aucun exemple manifeste et indiscutable d'une application de la théorie de l'abus.

En raison de cette divergence entre la théorie et la mise en pratique, il nous a paru justifié de diviser l'étude de l'abus de droit en droit international en deux parties nettement distinctes. Afin d'éviter dans la mesure du possible les répétitions et équivoques, nous nous attacherons tout d'abord à l'aspect strictement théorique du problème. Nous serons ainsi conduits, après avoir formulé quelques précisions terminologiques indispensables, à déterminer les éléments, les fondements et les conséquences de l'abus de droit. Nous chercherons donc à exposer quel serait le sens et la portée de cette théorie si elle s'introduisait un jour en droit international.

En revanche, dans la partie suivante, nous examinerons les raisons

qui, à notre avis, s'opposent à l'introduction de l'abus de droit dans le domaine des relations internationales ainsi que les moyens qui permettent pour l'instant de remplacer ce principe et qui lui ôtent en fait toute utilité pratique.

CHAPITRE II

PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

Les ambiguïtés relevées au cours de la première partie se retrouvent sur le plan international, de sorte qu'il est indispensable de formuler quelques précisions terminologiques.

Il est en particulier impossible de prêter attention à l'expression abus de droit seulement¹⁴, car l'on rencontre souvent de nombreux autres termes. Abus de pouvoir, dépassement de pouvoir, excès de pouvoir, détournement de pouvoir, abus de compétences, dépassement de compétences, détournement de compétences, abus de droit, dépassement de droit, détournement de droit, parfois même à une occasion abus de souveraineté¹⁵, tels sont les termes que l'on découvre dans la littérature internationale, souvent utilisés à titre de synonymes mais souvent aussi dans un sens différent selon les convictions personnelles des auteurs¹⁶. Les confusions sont fréquentes et Politis par exemple, père de la théorie de l'abus de droit en droit international, fut accusé d'avoir, « par une terminologie toute imprécise, présenté en premier lieu des cas d'excès de pouvoir sans rechercher véritablement la possibilité d'appliquer en droit des gens la théorie de l'abus de droit¹⁷ ».

Ayant déjà, à la fin de la première partie, précisé la notion d'*abus*, nous désirons attirer ici l'attention sur les termes *compétence*, *droit* et *pouvoir*. Il est en effet indispensable d'opérer un choix entre ces différentes expressions et nous désirons exposer les raisons de nos préférences.

Dans les conclusions de son ouvrage, Kiss propose d'introduire l'expression abus de compétence. En effet, dit-il, « les facultés que le droit international confère aux Gouvernements étatiques ne sont pas des droits inhérents aux qualités de ceux-ci, ni des droits subjectifs, mais des compétences, impliquant facultés et devoirs à la fois »¹⁸. Inspirée des théories du professeur Scelle¹⁹, appuyée par certaines dispositions de conventions internationales²⁰, et même dans une certaine mesure par la Cour internationale de Justice²¹, cette solution, selon Kiss, permet de réfuter l'opinion parfois défendue que la notion de droit subjectif exclut celle d'abus de droit²². Les adversaires de l'abus, en effet, développent l'argument examiné plus haut²³ que les droits ne sont jamais absolus, mais entourés de limites dont la violation constitue un acte accompli hors du

droit, rendant ainsi la notion de l'abus inutile : lorsque l'auteur d'un acte commet un abus, il agit en réalité hors de son droit. Or, pour Kiss, le concept de compétence résout la difficulté, car « ... si l'on peut soutenir que le droit subjectif cesse d'être un droit dès qu'il tourne à l'abus, il est déjà moins sûr que l'on puisse en dire autant des compétences ²⁴ ».

Pourtant, cette affirmation n'est nullement démontrée. La notion de compétence, qui d'ailleurs s'inspire d'une technique juridique particulière empruntée au droit public et dont l'application en droit international est controversée, ne résout pas la difficulté. En réalité, les mêmes objections se présentent sans aucun changement, excepté la substitution du terme compétence au terme droit. En effet, lorsque le droit international confère une compétence à un Etat, il en délimite les contours. Par conséquent, un acte commis en violation de ces restrictions constitue un excès ou un dépassement de compétence ; l'acte est accompli en dehors de celle-ci et ne peut donc être qualifié d'abus, car la compétence n'existe plus.

Il serait faux de voir dans cette remarque une critique de la théorie même de la compétence, défendue par le professeur Scelle, mais nous devons constater qu'en matière d'abus, elle n'apporte aucun éclaircissement nouveau. Parler de compétence ou de droit importe peu, la nature du phénomène ne change pas ²⁵.

Cependant, un choix entre les diverses expressions mentionnées plus haut est nécessaire et nous nous proposons de recourir à un critère différent, lié au caractère des relations envisagées. Celles-ci, en droit interne comme en droit international, se présentent sous un double aspect selon que les parties en cause traitent sur pied d'égalité ou d'inégalité. Utilisée pour différencier le droit privé du droit public, cette classification s'inspire des principes dits de coordination et de subordination. Le premier s'applique en droit interne dans les rapports de droit privé, car les personnes parties aux différends sont égales entre elles. De même en droit international, ce principe s'applique par analogie aux relations interétatiques car les Etats sont traditionnellement considérés comme égaux en droit.

Le principe de subordination intervient en revanche sur le plan interne en matière de droit public, lorsqu'une personne entre en contact avec une autorité. Celle-ci est en effet investie d'une fonction dont découlent certains pouvoirs et possède par conséquent une relative supériorité sur l'individu auquel elle s'oppose. En droit international également, ce genre de relations se produit, certes moins fréquemment, chaque fois qu'une organisation ou une autorité administrative internationale est partie à un différend et s'oppose à un Etat, ou parfois même à un individu isolé ²⁶.

Quoique superficiel et fortement influencé par la distinction d'origine romaine entre droit public et droit privé, ce critère permet de simplifier considérablement la terminologie utilisée en droit international. Il pré-

sente également l'avantage de conserver les termes généralement employés dans la doctrine. En effet, dans les relations de droit privé où les parties traitent sur pied d'égalité, l'on rencontre essentiellement le mot *droit* pour désigner toute « ... prérogative établie ou reconnue par le droit objectif au profit d'un individu (ou d'une collectivité) et qui le fait sujet de droit (subjectif) »²⁷. Sur le plan international où les relations interétatiques se fondent également sur le principe de coordination, il est inutile de choisir une expression différente, d'autant plus que celle d'abus de droit jouit aujourd'hui d'une certaine popularité.

En revanche, pour souligner l'inégalité inhérente à la seconde catégorie de relations, marquée par le principe de subordination, la doctrine de droit interne utilise fréquemment le mot *pouvoir*, ainsi que nous l'avons déjà vu²⁸. L'autorité, en vertu de la fonction qu'elle remplit, dispose d'un « pouvoir » refusé à ses opposants. En droit international, il nous paraît justifié de maintenir la même expression dans les différends qui opposent une autorité internationale à un Etat ou à un individu isolé. Cette proposition n'est d'ailleurs nullement novatrice, car le terme *excès de pouvoir* est aujourd'hui admis par la majorité de la doctrine²⁹.

Une dernière remarque s'impose : nous avons dit à diverses reprises que la théorie de l'abus de droit s'applique à l'ensemble des droits subjectifs, c'est-à-dire à toute faculté, toute prérogative conférée à un sujet de droit et protégée par la loi³⁰. En effet, l'abus ne peut naître que d'un exercice et tout exercice présuppose l'existence d'une faculté susceptible d'être exercée.

Cependant, les auteurs anglo-saxons proposent une analyse plus approfondie. Sous la dénomination commune de droits subjectifs, qu'ils définissent avec Ihering comme un intérêt protégé par la loi³¹, ils distinguent quatre concepts différents : le droit *sensu stricto*, la liberté ou privilège, le pouvoir ou compétence et enfin l'immunité³². Une telle distinction est-elle utile dans le cadre de la théorie de l'abus de droit ? L'on pourrait en particulier prétendre que la théorie de l'abus de droit ne saurait s'appliquer aux droits *sensu stricto*. En effet, selon l'optique anglo-saxonne, le droit *sensu stricto* implique en contrepartie une obligation bien déterminée, de sorte que le droit se définit comme la faculté de demander l'exécution de cette obligation. Comment admettre dès lors un abus de droit lorsque le créancier exige du débiteur l'accomplissement d'un engagement valablement souscrit ? A notre avis, il n'y a là rien d'impossible. Conformément à la théorie de l'abus, le droit lui-même ne sera pas mis en cause, mais seulement son exercice. Certes, les précédents seront rares, car lorsqu'une partie accepte une obligation, elle doit la respecter. Mais l'on pourrait invoquer l'abus de droit, du moins théoriquement, si l'accomplissement de l'engagement devait entraîner la ruine totale et certaine du débiteur ou si le créancier agissait dans le seul but de nuire.

Il n'est donc pas nécessaire d'analyser avec autant de minutie la notion de droit. Parler de droit subjectif est amplement suffisant car la théorie de l'abus est susceptible de s'appliquer dès qu'une personne exerce une faculté, une prérogative que lui confère l'ordre juridique.

En résumé, nous utiliserons par la suite la terminologie suivante : *abus de droit*, dans le sens général d'abus d'un droit subjectif, chaque fois qu'intervient le principe de coordination, c'est-à-dire dans les relations interétatiques où les parties traitent sur pied d'égalité. En revanche, lorsqu'une autorité internationale, investie d'un pouvoir, entre en relations avec un Etat ou avec des individus isolés, il est préférable d'adopter l'expression *détournement de pouvoir*, étant bien entendu que ces termes désignent tous deux l'abus ou le détournement d'une faculté ou prérogative accordée par la loi.

CHAPITRE III

LES ÉLÉMENTS DE L'ABUS DE DROIT

Des définitions généralement proposées dans la doctrine se dégagent trois éléments qui doivent nécessairement se retrouver dans tout abus de droit. Premièrement, l'abus résulte de l'exercice d'un droit ; en second lieu, il porte atteinte à certains intérêts d'autrui, autrement dit, il cause un dommage ; enfin, l'acte possède un caractère particulier, lié soit aux intentions de son auteur, soit aux modalités ou effets de l'acte lui-même, en vertu duquel il constitue un abus.

A vrai dire, les deux premiers éléments jouent en quelque sorte le rôle de conditions préalables, tandis que le dernier concerne les critères proprement dits de l'abus de droit. Cependant, il n'est pas erroné de parler d'éléments, car sans la présence de l'un quelconque d'entre eux, il ne saurait être question d'abus de droit.

Il n'en demeure pas moins que le dernier élément joue un rôle fondamental, et c'est la raison pour laquelle nous lui consacrerons un chapitre particulier. Nous allons donc examiner ici les conditions préalables de l'abus de droit, c'est-à-dire l'exercice d'un droit et le dommage causé, et nous réserverons le chapitre suivant à l'examen du caractère «abusif» de l'acte incriminé.

1. Exercice d'un droit

Malgré leur considérable variété, toutes les définitions, sans aucune exception, s'accordent sur ce premier élément : l'auteur exerce un droit incontesté, octroyé par l'ordre juridique et il respecte la lettre des normes existantes. Néanmoins, dans des circonstances que nous déterminerons plus loin ³³, cet acte constitue un abus, indigne de la protection juridique. Cette précision

est essentielle, car la théorie de l'abus n'attaque jamais un droit de front, mais seulement un certain exercice ; le droit en tant que tel n'est pas incriminé. Pour pouvoir parler d'abus, il est nécessaire d'établir préalablement l'existence d'un droit ³⁴.

Or, comme nous l'avons vu à l'issue de l'examen de droit comparé ³⁵, l'auteur de l'acte, croyant fréquemment agir à l'intérieur de son droit, transgresse en réalité certaines limites fixées par l'ordre juridique. Dans ce cas, il est inutile de recourir à la notion d'abus, car l'auteur se met lui-même en dehors de son droit.

En droit international également, la distinction s'impose et fut relevée clairement dans la doctrine à plusieurs reprises : « Dans nombre de cas, ce qu'on appelle abus constitue, en réalité, un « dépassement » du droit en cause. Les limites de ce dernier se sont resserrées par l'effet de la naissance et de la reconnaissance d'autres droits, qui comportent ce rétrécissement, d'où la conséquence qu'un acte, qui autrefois eût passé pour demeurer dans les limites du droit, est aujourd'hui considéré comme un acte qui les excède, et qui, dès lors, est hors du droit ³⁶ ».

Sans vouloir revenir en détail sur cet élément, il est nécessaire de lui accorder une attention considérable, au cours de l'examen des précédents, et fréquemment les partisans de la théorie de l'abus se laissent induire en erreur. L'affaire Ben Tillet, invoquée par Politis à titre d'illustration de sa thèse, fournit un exemple frappant d'une telle confusion ³⁷.

En 1896, Ben Tillet, sujet britannique, s'était rendu à Anvers dans le dessein d'y fomenter des troubles ouvriers. Arrêté le jour de son arrivée, il fut emprisonné quelques heures, puis expulsé. Le Gouvernement britannique prétendit que la Belgique avait agi de façon arbitraire et réclama le paiement d'une indemnité. L'arbitre auquel fut soumis le différend admit tout d'abord le principe général « qu'on ne saurait contester à un Etat la faculté d'interdire son territoire à des étrangers quand leurs menées ou leur présence lui paraissent compromettre sa sécurité ; qu'il apprécie d'ailleurs, dans la plénitude de sa souveraineté, la portée des faits qui motivent cette interdiction ³⁸ ». Cependant, il examina ensuite très attentivement les circonstances de l'expulsion de Ben Tillet et aboutit à la conclusion qu'en l'espèce, la mesure belge n'était ni arbitraire, ni entourée de rigueurs inutiles au point de justifier le paiement d'une indemnité.

Selon Politis, cette sentence arbitrale illustre la théorie de l'abus de droit car, si l'arbitre reconnaît le principe incontesté de la liberté d'expulsion, conséquence de la souveraineté de l'Etat, il mentionne clairement l'interdiction d'en abuser. En effet, « ... l'usage de la liberté d'expulsion doit obéir à des motifs sérieux, répondre à une véritable nécessité et être exempt de toute rigueur inutile ³⁹ ». Sans exprimer clairement ces conditions, l'arbitre leur accorde néanmoins une grande importance, tant dans

l'analyse détaillée des faits à laquelle il se livre, que dans les conclusions finales de la sentence.

En fait, l'argumentation de Politis est quelque peu chancelante. A l'époque où fut rendue cette sentence, la doctrine internationale se divisait en deux camps : pour les uns, le droit d'expulsion, conséquence de la souveraineté de l'Etat, était un principe absolu, illimité, dont l'exercice ne pouvait entraîner aucune responsabilité internationale⁴⁰. Le second groupe, en revanche, défendait la thèse inverse et estimait que « le droit d'expulsion a, comme tout autre, ses limites ; celles-ci s'imposent à l'Etat qui prétend expulser l'étranger, et peuvent servir de base soit à l'action de celui-ci, soit au moins à celle de son Etat qui lui doit protection... Cette théorie est, du reste, seule conforme aux faits⁴¹ ». Par conséquent, selon cette théorie, le droit d'expulsion est entouré d'un certain nombre de limites que l'Etat expulsant ne peut franchir sans sortir en même temps de son droit. Or, ces normes limitant l'exercice du droit d'expulsion étaient déjà reconnues au cours de la dernière décennie du siècle passé, au point que l'Institut de droit international avait adopté différentes règles au nombre desquelles figure un article significatif : « L'expulsion, n'étant pas une peine, doit être exécutée avec tous les ménagements possibles, en tenant compte de la situation particulière de la personne⁴². »

En d'autres termes, l'interdiction d'expulser un étranger de façon arbitraire ou d'accompagner la mesure de brimades inutiles, constitue une norme juridique généralement admise comme étant d'origine coutumière⁴³, dont la violation entraîne la responsabilité de l'Etat expulsant et fonde valablement une réclamation internationale⁴⁴.

En raison de l'existence de cette norme spécifique expressément relative aux expulsions arbitraires, les chances d'application de la théorie de l'abus en ce domaine s'évanouissent. Aussi n'est-il pas étonnant que la thèse de Politis ait suscité sur ce point de nombreuses critiques, parfois violentes. Certains n'hésitent pas à condamner la tendance « de chercher les solutions dans l'application d'un principe général, forcément assez vague et élastique, au lieu d'entreprendre une recherche plus laborieuse et difficile des règles positives du droit international... Il est évident que l'admission d'une théorie aussi générale pourrait servir à résoudre des problèmes difficiles en droit international. Mais pour arriver à prouver son existence, M. Politis essaie de la dégager des sentences arbitrales qui n'impliquent nullement la reconnaissance de la théorie de l'abus du droit, surtout dans la conception débordante que lui donne son auteur⁴⁵. »

De même, selon Ch. de Boeck, en matière d'expulsion, il s'agit de dégager les droits et les devoirs réciproques de l'Etat expulsant, de l'étranger expulsé et de l'Etat dont l'étranger est ressortissant : « Tout droit est limité par un devoir corrélatif... Dès que cette limite est dépassée,

il y a, si l'on veut, abus du droit. N'y a-t-il pas violation du droit ⁴⁶ ?

A notre avis, le droit d'expulsion constitue l'exemple typique d'un domaine où la théorie de l'abus ne saurait s'appliquer. Lorsque l'Etat expulsant agit arbitrairement, il commet non un abus, mais une violation d'une norme juridique spécifique restreignant sa liberté. Autrement dit, il se trouve en dehors de son droit et ne saurait en abuser.

Un second exemple significatif et plus récent se dégage de l'opinion dissidente du juge Krylov en l'affaire du détroit de Corfou. De son avis, le 22 octobre 1946, soit lors de la seconde expédition britannique au cours de laquelle deux navires heurtèrent des mines flottantes, « les navires britanniques ont commis un abus du droit de passage. Donc, le passage de ces navires, le 22 octobre 1946, a perdu le caractère de passage innocent et, par ce fait, la souveraineté de l'Albanie dans ses eaux territoriales a été violée ⁴⁷. » Est-ce là une allusion à la théorie de l'abus de droit ? Le juge Krylov y répond lui-même dans ses arguments : en accord complet avec la doctrine internationale, il constate qu'aucun navire de guerre étranger ne peut pénétrer dans les eaux territoriales d'un Etat sans l'assentiment de ce dernier. Or, dans le cas particulier, les autorités britanniques n'avaient obtenu aucune autorisation albanaise. Ces navires n'avaient donc aucun droit de pénétrer dans les eaux territoriales de l'Albanie, et c'est pourquoi leur passage constitue un « abus ⁴⁸ ». Justifié ou non en droit international, le raisonnement du juge Krylov ne saurait défendre la cause de l'abus de droit. Selon son argumentation, les navires britanniques ont violé la règle leur interdisant l'entrée dans les eaux territoriales albanaises. Ils ont par conséquent agi en dépassement du droit, hors de leur droit. N'ayant aucun droit, ils ne pouvaient donc en abuser. A l'image de certains juristes, le juge Krylov donne au terme abus son sens commun et l'expression abus de droit cache en réalité une violation du droit.

Nous pourrions multiplier les exemples et appliquer ce raisonnement à d'autres précédents, mais ces deux cas suffisent à prouver l'importance du premier élément de l'abus de droit. Avant de qualifier un acte d'abusif, il est essentiel d'examiner soigneusement s'il ne viole pas en réalité une norme juridique, car le recours au principe de l'abus devient alors inutile. Il n'y a abus de droit que dans l'utilisation d'un moyen légal ⁴⁹ reconnu par l'ordre juridique ; il résulte de l'exercice apparemment licite d'un droit conféré par la loi, mais non pas d'un dépassement de ce droit.

2. Dommage causé Question délicate récemment soulevée dans l'affaire Nottebohm entre le Liechtenstein et le Guatemala : pour être qualifié d'abus de droit, l'exercice doit-il causer un dommage à autrui ? En l'espèce le Guatemala accusa le Liechtenstein d'avoir commis un abus de droit en naturalisant Nottebohm car, disait-il,

ce dernier cherchait uniquement à troquer sa nationalité allemande contre celle du Liechtenstein et à substituer ainsi sa qualité de sujet d'un Etat neutre à celle de ressortissant d'un Etat belligérant.

Le professeur Sauser-Hall, représentant du Liechtenstein, contesta la validité d'une telle accusation. S'appuyant sur la définition proposée dans le traité d'Oppenheim, selon laquelle il y a abus de droit « lorsqu'un Etat exerce un droit de façon arbitraire, de manière à causer à un autre Etat un dommage qui ne peut se justifier par un intérêt légitime ⁵⁰ », il affirma que le Guatemala se trouvait dans l'obligation de fournir la preuve d'un dommage causé par cette naturalisation. « En l'absence d'un dommage, l'Etat qui agit dans l'exercice de son droit reste pleinement soumis au grand principe du droit romain : *quis suo jure utitur neminem laedit*. Sans dommage, un Etat n'a à aucun titre le droit de se plaindre de l'exercice de ses droits par un autre Etat. L'Etat qui use de ses droits sans causer de dommage à un autre Etat n'en abuse pas, il ne sort pas de la sphère de compétence que lui reconnaît le droit des gens ⁵¹. » En l'occurrence, il s'agit d'appliquer le principe général : « sans dommage, pas d'intérêt, et sans intérêt, pas d'action ⁵² ».

Le représentant du Guatemala, le professeur Rolin, défendit la thèse inverse avec l'appui de la définition de Politis : l'acte est abusif si l'usage apparemment légal d'une liberté a eu lieu « pour des motifs blâmables, c'est-à-dire dans un but autre que celui dans lequel le droit international a conféré la liberté en question ⁵³ ». Pour qu'un décret de naturalisation soit valable en droit international, il doit exister entre le requérant et l'Etat requis, une relation relativement étroite, généralement marquée par un séjour plus ou moins long sur le territoire de cet Etat ou par certaines attaches affectives ou matérielles, inexistantes en l'espèce ⁵⁴. Aussi le professeur Rolin s'arrête-t-il à critiquer la définition d'Oppenheim : « C'est à notre avis à tort que la notion du dommage y est introduite ; l'existence de celui-ci n'est requise que comme condition du droit à réparation, mais non lorsqu'il s'agit seulement de réclamer l'application à l'acte incriminé de la sanction habituelle de l'excès de pouvoir ou du détournement de compétence, à savoir la nullité de l'acte. Tout au plus peut-on à cet égard faire mention de la notion de dommage, sous les aspects du dommage éventuel que toute violation des règles relatives à la compétence, spécialement tout détournement de pouvoir est susceptible de produire tôt ou tard ⁵⁵. »

Dans son arrêt, la Cour prit une position assez semblable à celle défendue par le professeur Rolin. Prenons-nous d'en citer *in extenso* un passage relativement long, en raison de l'importance des problèmes soulevés.

« Plutôt que demandée pour obtenir la consécration en droit de l'appartenance en fait de Nottebohm à la population du Liechtenstein, cette

naturalisation a été recherchée par lui pour lui permettre de substituer à sa qualité de sujet d'un Etat belligérant la qualité de sujet d'un Etat neutre, dans le but unique de passer ainsi sous la protection du Liechtenstein et non d'en épouser les traditions, les intérêts, le genre de vie, d'assumer les obligations — autres que fiscales — et d'exercer les droits attachés à la qualité ainsi acquise.

» Le Guatemala n'est pas tenu de reconnaître une nationalité ainsi octroyée. En conséquence, le Liechtenstein n'est pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala et il doit être, par ce motif, déclaré irrecevable en sa demande ⁵⁶. »

Deux questions se posent : tout d'abord, peut-on considérer l'arrêt de la Cour internationale de Justice comme une application de la théorie de l'abus de droit et en second lieu, quel est le rôle joué par le dommage causé, en tant qu'élément essentiel de l'abus de droit.

1^o Précisons d'emblée qu'il ne nous appartient pas ici d'approuver ou de critiquer cette décision en tant que telle ⁵⁷, mais d'examiner uniquement la mesure dans laquelle elle est susceptible de concerner la théorie de l'abus de droit.

A notre avis, tel n'est pas le cas, pour les deux raisons suivantes :

a) Le Guatemala reproche à la Principauté du Liechtenstein un abus de droit au sens de la définition de Politis, c'est-à-dire d'avoir exercé son droit de naturaliser Nottebohm dans un but autre que celui dans lequel le droit international le lui a conféré. Selon la Cour, cette opinion se justifie car elle résulte des intentions de Nottebohm d'obtenir la nationalité liechtensteinoise dans le seul but de bénéficier du statut avantageux de ressortissant d'un Etat neutre vis-à-vis du Guatemala. Autrement dit, le Liechtenstein est accusé d'avoir commis un abus de droit dont l'auteur serait en réalité Nottebohm lui-même.

Logiquement, la théorie de l'abus de droit ne s'applique que si un abus de droit est imputable à la Principauté elle-même. Un tel abus pourrait se produire à deux stades différents : celui de la législation générale déclarée abusive aux yeux du droit international et celui de l'application de la loi au cas particulier ⁵⁸.

Or en l'espèce, la législation du Liechtenstein ne fut pas mise en cause. De plus, la Cour ne déclara pas la décision de naturalisation non valable au sens de cette législation ⁵⁹, ce qui se serait produit si cette dernière avait été abusive. Reste donc la possibilité d'un abus commis dans l'application de la loi au cas particulier de Nottebohm. Or ici, aucune intention malveillante, aucune fraude n'a été relevée à la charge des autorités du Liechtenstein ⁶⁰. La Principauté s'était bornée à appliquer la loi sans octroyer à Nottebohm un traitement d'exception ou de faveur.

Ces deux possibilités écartées, l'opinion de la Cour, ainsi qu'il ressort

clairement du passage cité, repose uniquement sur l'attitude de Nottebohm. Par conséquent, justifiée ou non sous l'angle du droit international, cette décision n'implique aucune application de la théorie de l'abus de droit. Affirmer le contraire reviendrait à reprocher au Liechtenstein un abus qui, tout au plus, serait un abus du droit de Nottebohm de demander sa naturalisation et commis par Nottebohm lui-même, à supposer qu'une telle construction puisse se concevoir.

b) La seconde raison, plus importante encore, découle du procédé technique appliqué par la Cour. Remarquons tout d'abord que contrairement aux plaidoiries et à l'exception d'un court passage de l'opinion dissidente du juge Klaestad⁶¹, toute mention de l'abus de droit est soigneusement évitée dans le texte de l'arrêt.

Alors que les Gouvernements invoquaient la théorie de l'abus, la Cour internationale de Justice envisagea le problème sous un angle différent. En vertu d'arguments dont nous n'avons pas à discuter la valeur, car seul le procédé technique nous intéresse ici, elle étendit à la notion de naturalisation la doctrine de la nationalité effective, précédemment appliquée aux seuls cas où un individu possédait plusieurs nationalités et dont l'une devait, pour les besoins de telle ou telle cause, jouer un rôle déterminant⁶². Autrement dit, par cette interprétation, elle donne une signification extensive à la règle de la nationalité effective, et en détermine de nouveaux cas d'application. Elle crée ainsi une gamme d'actes, jadis irréprochables, mais dorénavant contraires à cette norme juridique exigeant l'existence d'une relation relativement étroite entre la personne requérant la naturalisation et l'Etat requis.

Par conséquent, nous nous retrouvons dans la situation précédemment examinée, où intervient une norme juridique spécifique, dont l'existence entraîne, comme première conséquence, l'éviction de la théorie de l'abus de droit.

2^o Dans son jugement, la Cour internationale de Justice ne s'est pas arrêtée au problème de l'abus de droit, de sorte que la question soulevée dans les plaidoiries reste ouverte : le dommage est-il ou non un élément essentiel de l'abus de droit ? Divisée sur ce point, la doctrine ne l'est pas moins sur le plan général, en matière de responsabilité internationale.

Selon les uns, l'acte illicite par lequel s'engage la responsabilité de l'auteur résulte de la réunion de deux conditions indispensables : la violation d'une obligation légale internationale et un préjudice matériel ou moral causé à un autre Etat, conséquence de cette violation⁶³. Pour d'autres, le dommage n'est pas nécessaire et l'acte illicite naît uniquement de la violation d'une norme juridique : « Le simple défaut de se conformer à de telles obligations... constitue un manquement à ses obligations et une faute qui engage la responsabilité⁶⁴. »

De même que la Cour permanente, la Cour internationale de Justice partage cette seconde manière de voir. Déjà clairement établie dans l'affaire des concessions Mavrommatis⁶⁵, cette attitude fut reprise dans celle du détroit de Corfou. En effet, le Gouvernement albanais demanda si l'« Operation Retail » des 12 et 13 novembre 1946, au cours de laquelle la marine de guerre britannique avait dragué le champ de mines situé dans les eaux territoriales albanaises, constituait un acte illicite ; il ne réclamait aucune indemnité, car aucun dommage n'avait été commis. Or, à l'unanimité la Cour reconnut en cet acte une violation de la souveraineté albanaise, contraire au droit international et ajouta : « Cette constatation correspond à la demande faite au nom de l'Albanie par son conseil et constitue en elle-même une satisfaction appropriée⁶⁶. »

Ainsi, malgré la controverse doctrinale, en droit international comme en droit interne, un acte prend un caractère illicite non pas en raison du dommage causé à autrui, mais uniquement en raison de la violation d'une règle juridique. Le dommage joue le rôle de condition à la réparation⁶⁷, mais ne détermine pas l'illicéité de l'acte.

L'abus de droit engendre des hésitations plus prononcées⁶⁸, ainsi que le prouvent les thèses diamétralement opposées des Gouvernements guatémaltèque et liechtensteinois. Certes, le dommage ne saurait s'inscrire au nombre des critères de l'abus, car à lui seul, il ne peut déterminer le caractère illicite d'un acte. Il n'en est cependant pas moins un élément essentiel de l'abus de droit. En effet, l'abus résulte de l'exercice licite d'un droit qui, dans certaines circonstances, devient illicite. Or, tant que l'auteur, dans l'exercice de son droit, ne cause aucun dommage à autrui, personne n'est autorisé à s'en plaindre. Il demeure dans son droit, agit conformément aux règles en vigueur et ne saurait par conséquent engager sa responsabilité vis-à-vis d'autrui. Tel est à nos yeux le sens du principe invoqué par le professeur Sauser-Hall, représentant du Liechtenstein : « Sans dommage, pas d'intérêt, et sans intérêt, pas d'action⁶⁹. »

L'admission du dommage à titre d'élément essentiel de l'abus de droit implique cependant une nouvelle précision : comment définir, quelle signification accorder à la notion de dommage ? En limiter la portée au dommage matériel, ou diminution du patrimoine, est nettement insuffisant. La conception adéquate consiste à entrevoir un dommage dès que se présente une atteinte à un droit quelconque d'autrui ou à un objet sur lequel autrui possède un droit. « Le seul fait qu'un Etat voit un de ses droits méconnu par un autre Etat, implique un dommage que celui-ci ne peut pas être tenu de supporter, quand même n'en devraient pas dériver des conséquences matérielles⁷⁰. »

Cette conception du dommage se rapproche sensiblement de celle admise par Stowell⁷¹, selon qui un acte est abusif dès qu'il empiète sur

les droits d'un autre Etat ; point n'est besoin d'un dommage matériel : une simple interférence dans les droits d'autrui porte atteinte à un intérêt et, par conséquent, justifie une action internationale.

Nous avons ainsi examiné les deux premiers éléments de l'abus de droit. D'une part, il résulte de l'exercice d'un droit reconnu par l'ordre juridique ; de l'autre, il entraîne un dommage ou, du moins, empiète sur les droits d'autrui. Reste donc à examiner maintenant le caractère abusif de l'acte incriminé, c'est-à-dire les critères proprement dits de l'abus de droit, tels qu'ils sont proposés par la doctrine internationale.

CHAPITRE IV

CARACTÈRE « ABUSIF »

La combinaison des deux éléments précédents ne saurait à elle seule faire naître un abus de droit. Fréquemment, un dommage causé à autrui ne possède aucun caractère illicite. A plus forte raison sera-t-il protégé s'il résulte de l'exercice d'un droit octroyé à l'auteur par l'ordre juridique.

Pourtant, dans certaines circonstances, cet exercice habituellement licite change d'aspect : le système juridique se refuse à le reconnaître. « Ce n'est que par sa qualification d'abus de droit que ce préjudice est transposé du domaine de l'éthique dans celui du droit international ⁷². » Dire que l'acte qualifié d'abus de droit doit, en plus des deux éléments mentionnés, posséder un caractère abusif ne résout évidemment rien, mais pose néanmoins le problème : quelles seront les circonstances dans lesquelles l'exercice licite d'un droit constitue un exercice abusif ; en d'autres mots, quels sont les critères de l'abus de droit ?

Il nous paraît justifié de diviser ce chapitre en deux parties. Au cours de la première, nous analyserons brièvement la pensée de deux grands maîtres, qu'aucune étude sur l'abus de droit ne peut passer sous silence : les professeurs Jossierand et Dabin. La seconde, en relation plus étroite avec la pratique internationale, sera consacrée aux critères proposés par la doctrine de droit international.

A. LES DEUX THÉORIES FONDAMENTALES

1. La théorie de L. Jossierand Dès le début du siècle, Louis Jossierand accorda une importance considérable à la théorie de l'abus de droit ⁷³. Dans la remarquable synthèse de ses recherches en ce domaine, publiée en 1927 ⁷⁴, il examine quatre critères différents : les critères intentionnel, technique, économique et fonctionnel ou finaliste.

1° *Critère intentionnel*⁷⁵. Contrairement aux suivants, ce critère est essentiellement subjectif et dépend des seuls mobiles de l'auteur de l'acte. Cependant, Josserand ne s'arrête pas à l'intention exclusive de nuire à autrui, telle qu'elle est exprimée au paragraphe 226 BGB, mais en développe une conception plus nuancée. L'acte est abusif, même si son auteur agit sous l'impulsion de motifs différents, lorsque celui de nuire est prédominant, ou lorsque les moyens utilisés entraînent cet effet : « Tous ceux-là n'ont en aucune façon le dessein de nuire à qui que ce soit ; ce sont leurs propres intérêts qu'ils veulent assurer, mais par des procédés inadmissibles qui leur font prendre figure de rebelles à la loi : en lutte ouverte ou sournoise avec nos institutions, ils seraient malvenus à prétendre qu'ils restent dans l'esprit desdites institutions ; ils ne s'en servent pas, ils en abusent, et une sanction interviendra sous une forme ou sous une autre⁷⁶. » A l'intention de nuire, Josserand assimile de plus la mauvaise foi et la fraude à la loi.

2° *Critère technique* (faute dans l'exécution⁷⁷). Les droits doivent non seulement s'exercer de bonne foi, mais encore correctement : « Leur maniement ne doit avoir lieu qu'à bon escient, conformément à la technique sociale dont on ne saurait se départir sans courir le risque d'engager sa responsabilité, fût-ce par une imprudence, une négligence, une faute non intentionnelle⁷⁸. » En d'autres termes, Josserand invoque sous cette dénomination toute la gamme d'irrégularités possibles dans l'exercice d'un droit, de l'imprudence à la faute lourde, assimilée au dol. Mentionnons en passant une remarque significative relative à la faute non intentionnelle : elle « est prise en considération dans la mesure où elle dénonce la déviation d'un droit par rapport à sa finalité⁷⁹ », observation que nous retrouverons sous peu.

3° *Critère économique* (défaut d'intérêt légitime⁸⁰). Josserand s'inspire ici de la théorie des intérêts protégés d'Ihering, fréquemment utilisée dans certains systèmes juridiques⁸¹. Il y a abus de droit lorsque l'auteur agit sans intérêt légitime ou sous l'empire d'intérêts illégitimes. En cas de doute, le juge est chargé de procéder à une comparaison et d'accorder protection à l'intérêt prépondérant.

4° *Critère fonctionnel ou finaliste*⁸². « Toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir⁸³. » Par conséquent, il y a abus de droit lorsque l'auteur détourne, par son exercice, le droit de sa fonction sociale. Tel est, selon Josserand, le seul critère adéquat de l'abus de droit. « Ce que le juge doit rechercher, c'est moins le mobile auquel l'agent a obéi que la direction dans laquelle il a engagé son droit, l'usage qu'il en a fait⁸⁴. » Le détournement de l'« esprit » du droit englobe à la fois l'intention de nuire, la faute dans l'exécution et le défaut d'intérêt légitime.

Il est d'ailleurs clair que l'examen des trois premiers critères, auxquels Josserand n'accorde qu'une importance toute secondaire, conduit directement à celui du détournement de la fonction sociale ⁸⁵.

Ainsi, pour Josserand, la théorie de l'abus de droit consacre en quelque sorte le couronnement de l'esprit des droits : « Le lien est donc étroit, indissoluble entre les deux concepts de l'esprit des droits et de l'abus, celui-ci servant de sanction à celui-là ⁸⁶. »

2. La théorie de J. Dabin ⁸⁷

Au cours de l'exposé de sa doctrine, le professeur Dabin soumet la théorie de Josserand à une critique sévère ⁸⁸. S'il admet ses conclusions lorsqu'elles s'appliquent aux droits dits altruistes, c'est-à-dire à ceux qui doivent s'exercer dans l'intérêt et pour le bien d'autrui, à l'image de la puissance paternelle, de la tutelle, etc., il s'y oppose dans le cas des droits égoïstes, dont le seul but consiste à protéger les intérêts de leur titulaire ⁸⁹. Les premiers, en effet, confèrent à leur bénéficiaire une véritable fonction et servent un but déterminé par l'intérêt des personnes protégées. Tout exercice contraire à ces buts est dès lors susceptible de constituer un détournement de ladite fonction.

Cependant, appliquer le même raisonnement aux droits égoïstes est inconcevable, car il faudrait préalablement démontrer que les droits ont toujours été accordés pour le bien de la société, thèse d'autant plus difficile à prouver que dans le domaine du social rien n'est stable, ni les droits ni leur finalité.

Par conséquent, J. Dabin propose un critère nouveau : l'usage immoral du droit ⁹⁰. Si, du point de vue strictement légal, l'exercice d'un droit est en principe discrétionnaire, il existe une seconde légitimité : la légitimité morale dont se déduit le critère de l'abus. « D'un mot, la théorie de l'abus représente le correctif de moralité que postule la légalité ⁹¹. »

Ce recours à la morale contraint évidemment Dabin à formuler une précision importante, afin de dissiper certaines craintes virtuelles. Il ne s'agit pas ici d'invoquer la morale dans son ensemble, y compris les devoirs de chacun envers lui-même. Sous l'angle juridique, seul intervient le côté social de la moralité, la part des devoirs envers autrui ⁹².

Ainsi définie, la légitimité morale permet, selon Dabin, de mieux préciser la signification et la portée de l'abus de droit. En effet, elle comprend non seulement l'intention de nuire, mais d'innombrables formes originales d'immoralité : égoïsme excessif, rigueur, dureté, témérité, insouciance. D'autre part, il est plus facile de déterminer le caractère immoral d'un acte que de chercher à découvrir le but, la fonction ou l'esprit d'une norme juridique. Enfin, par ce critère, il est possible d'étendre la théorie de l'abus à la fois aux droits subjectifs précis, définis, et aux libertés aussi larges soient-elles.

Afin de préciser la notion d'immoralité, le juge doit se fonder sur la « morale des honnêtes gens ⁹³ » : l'acte est abusif dès qu'il offense la conscience de la société. Dabin rejoint ainsi certains critères développés dans différents systèmes juridiques : le concept de l'homme juste et raisonnable, souvent utilisé par le Tribunal fédéral suisse, le « normalità » du droit foncier italien, le « Rechtsbewusstsein » du BGB allemand, notions diverses qui, à son avis, recouvrent toutes le même phénomène : l'usage immoral d'un droit ⁹⁴.

B. CRITÈRES PROPOSÉS EN DROIT INTERNATIONAL

Nous avons vu que les diverses définitions de l'abus de droit formulées dans la doctrine internationale, varient en raison des caractéristiques particulières de l'abus auxquelles leurs auteurs attachent une importance décisive. Par conséquent, autant de définitions, autant de critères. Cependant, malgré leur diversité, ces critères peuvent d'une manière générale se classer en quatre groupes distincts, dans la mesure où ils se fondent sur l'intention de nuire, l'inégalité des intérêts en présence, le détournement du but social ou encore les modalités de l'exercice.

1. L'intention de nuire Défendu avant tout dans la doctrine internationale par Scerni, Schlochauer et Ripert ⁹⁵, ce premier critère repose sur le côté subjectif de l'acte incriminé : le caractère abusif résulte nécessairement et uniquement des mobiles psychologiques de l'auteur, lorsque ce dernier cherche, sous le couvert de la légalité, à nuire à son prochain.

Selon le professeur Scerni, deux raisons essentielles justifient ce critère : Tout d'abord, si les législations internes manifestent à l'égard de la théorie de l'abus de droit une sympathie plus ou moins grande, une entente approximative se réalise en ce qui concerne l'intention de nuire ⁹⁶. Par conséquent, selon Scerni, seul le critère de l'intention de nuire peut être admis en droit international. En second lieu, sous l'influence du droit italien, il hésite à accorder des pouvoirs étendus au juge. Appliquer un critère plus large, dit-il, serait non seulement déplacé mais dangereux, car son imprécision conduirait aisément à une véritable insécurité juridique. « En fait, le critère qui distingue l'acte intentionnel est clair et objectivement sûr ; point n'est à craindre qu'il n'entraîne une incertitude dangereuse dans les rapports juridiques interétatiques ⁹⁷. »

Cette thèse soulève cependant trois objections, en vertu desquelles le critère de l'intention de nuire doit être repoussé :

1° La première se fonde sur la présomption que l'autorité judiciaire n'est pas à même de sonder les mobiles psychologiques de l'auteur d'un

acte. Cette objection est toutefois d'une importance relative car l'analyse psychologique ne s'impose pas exclusivement dans le cadre de la théorie de l'abus de droit. Au contraire, elle est inhérente à la fonction du juge, inséparable de sa tâche. L'autorité judiciaire y recourt journallement dans des différends aussi nombreux que variés⁹⁸.

2° La seconde objection concerne la délimitation du concept d'intention malicieuse, car l'accord unanime relevé par l'auteur italien reste au stade de l'apparence. En réalité, les uns exigent une intention exclusive de nuire à autrui, à l'image du paragraphe 226 BGB⁹⁹; d'autres, en revanche, s'estiment satisfaits lorsque l'intention joue un rôle déterminant et élargissent ainsi, du moins théoriquement, les possibilités d'application pratique¹⁰⁰. Mais en ce cas, comment déterminer le motif essentiel parmi ceux capables d'influencer l'auteur¹⁰¹. Le critère subjectif de l'intention aboutit ici à une impasse, dont seul le recours à des éléments objectifs permet de sortir.

3° Enfin, l'adoption du critère de l'intention de nuire, telle qu'elle est préconisée par le professeur Scerni, entraîne pour effet la suppression rapide des possibilités d'application pratique de la théorie de l'abus de droit. Tel fut le cas en droit allemand, à propos du paragraphe 226 BGB : après plus d'un demi-siècle d'existence, cet article fut utilisé si rarement que la doctrine lui dénie toute valeur pratique¹⁰². En raison de l'impossibilité de préciser le mobile déterminant d'un acte et, à plus forte raison, l'intention exclusive de nuire à autrui, l'interdiction de l'abus de droit prend alors un caractère strictement symbolique et perd toute portée pratique.

À notre connaissance, un seul précédent international mentionne le critère de l'intention de nuire. Il s'agit de l'affaire des phoques de la mer de Behring¹⁰³, où le représentant britannique, sir Charles Russell, construit un exemple théorique : à son avis, l'Etat A, vivant essentiellement de la chasse aux phoques, n'aura aucun droit de se plaindre si l'Etat B exerce, même dans des proportions considérables, son droit de chasser les phoques en haute mer. Il admet cependant une réserve, transposée au cas particulier, si l'on arrive à prouver une intention malicieuse de nuire¹⁰⁴.

La sentence du Tribunal arbitral ignore d'ailleurs cette réserve et énonce le principe qu'aucun Etat ne possède le droit ni de protection, ni de propriété sur les phoques, en dehors des limites de la mer territoriale¹⁰⁵. Tout au plus pourrait-on chercher un argument en faveur de la théorie de l'abus parmi les règles spécifiques élaborées par ce même tribunal dans le but de prévenir la destruction massive des phoques de la mer de Behring. Mais cette argumentation ne saurait se défendre, car les directives édictées par le Tribunal arbitral constituent des normes juridiques nouvelles, dont la violation confère à l'acte un caractère illégal et non pas abusif.

En résumé, le critère intentionnel ne saurait être retenu, car, outre la controverse relative au fait de savoir si l'intention de nuire doit être exclusive ou essentielle, il soulève des difficultés d'application considérables ; en raison de sa portée limitée, il est en général inutilisable dans la plupart des cas où l'on parle d'actes abusifs.

2. Le déséquilibre des intérêts Issu de la jurisprudence et de la doctrine internes, ce critère trouve en Politis un partisan éloquent : « On a proposé d'établir entre les libertés en conflit une comparaison quantitative et de donner l'avantage à celle qui, sous le rapport des fonctions exercées et des devoirs accomplis, représente l'intérêt le plus considérable. C'est ce qu'on a appelé la loi du moindre effort. Elle accorde la préférence à l'intérêt public le plus fort engagé dans le litige ¹⁰⁶. »

Le principe de la comparaison, de la balance des intérêts en présence, permet ainsi de démarquer dans chaque contestation particulière, la limite des droits et des devoirs respectifs des parties ¹⁰⁷, même lorsque toutes deux prétendent agir dans les limites de leur propre droit ¹⁰⁸. Manié avec discernement, ce critère présente en outre l'avantage de protéger également les intérêts de la société internationale elle-même, de la communauté des Nations. Chaque pesée d'intérêts, même particuliers, doit nécessairement s'inspirer de celui, plus général, de la société : « La comparaison doit s'établir, non entre deux intérêts particuliers, mais entre chacun d'eux et l'intérêt général de la collectivité, qui seul a qualité pour départager les Etats en litige, en disant laquelle de leurs thèses a pour lui la plus grande importance ¹⁰⁹. »

Dans la jurisprudence internationale, le principe de la balance des intérêts est invoqué à diverses reprises. Cependant, la valeur de ces précédents n'est que relative, car les seuls exemples manifestes proviennent de la jurisprudence de tribunaux d'Etats fédératifs, bien que soient en l'occurrence, appliquées les règles du droit international ¹¹⁰.

Dans l'affaire de la « Donauversinkung », où le Wurtemberg et le pays de Bade s'efforçaient chacun de détourner à leur profit le cours naturel du Danube, au détriment de l'autre, le Tribunal d'Empire allemand admit que « l'exercice des droits souverains de chaque Etat à propos des fleuves internationaux traversant son territoire, est limité par l'obligation de ne pas léser les intérêts des autres membres de la communauté internationale... L'application de ce principe est liée aux circonstances de chaque cas particulier. Les intérêts des Etats en question doivent être comparés de façon équitable. Il ne faut pas considérer seulement le dommage absolu causé à l'Etat voisin, mais la relation existant entre l'avantage obtenu par l'un et le dommage causé à l'autre ¹¹¹. »

Plus suggestif encore est l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis du 24 février 1931 entre le Connecticut et le Massachussets¹¹². Afin d'alimenter en eau potable la ville de Boston, l'Etat du Massachussets avait décidé d'utiliser deux fleuves de moyenne importance dont le cours normal se dirigeait vers le Connecticut. Ce dernier, craignant une diminution considérable du débit et la possibilité d'importants dommages causés à l'agriculture, l'industrie et la navigation, chercha à s'y opposer.

L'intérêt de l'arrêt réside essentiellement dans le procédé suivi par la Cour : sans énoncer de principe général, celle-ci compare soigneusement les avantages attendus par l'Etat du Massachussets aux dommages qui seront probablement causés à l'Etat du Connecticut, pour finalement écarter sur cette base, la plainte du Connecticut. Cependant, dans une importante réserve, elle reconnaît au Connecticut le droit d'intenter une nouvelle action si, par la suite, le rapport entre avantages et dommages se renversait, en cas d'augmentation disproportionnée des prises d'eau¹¹³.

En général, le principe de la balance des intérêts bénéficie d'un accueil favorable auprès de la doctrine. Certes, son application n'échappe pas à certaines difficultés matérielles et pratiques¹¹⁴, mais de tous les auteurs, seul le juriste italien Cavaglieri lui dénie tout caractère juridique : « Qui ne voit l'absence de base juridique dans la détermination de cette prétendue hiérarchie, son origine de droit purement naturel, la difficulté d'établir objectivement la responsabilité d'un Etat en dehors des cas où il a agi en violation du droit¹¹⁵ ? »

A notre avis, aucune raison ne s'oppose à l'application du principe de la comparaison des intérêts dans les rapports internationaux. Cependant, il ne saurait constituer le critère unique de l'abus de droit : toute contestation juridique, toute sentence ou décision judiciaire comportent, ne serait-ce qu'implicitement, une comparaison et une pesée des intérêts en cause, sur laquelle se greffent des arguments strictement juridiques. Ce que d'aucuns proposent comme critère de l'abus de droit n'est en réalité que le raisonnement de toute personne chargée de trancher un litige et il n'est d'ailleurs pas étonnant que la balance constitue le symbole de la justice.

Toutefois, n'exagérons pas ; la balance des intérêts joue un rôle considérable, y compris dans le cadre de la théorie de l'abus de droit¹¹⁶. Mais elle ne saurait par elle-même, déterminer le caractère abusif d'un acte, ni se limiter à cette tâche. Elle constitue certainement l'une des bases fondamentales de la justice, influence plus ou moins sensiblement chaque décision judiciaire, mais, comme le reconnaît Cavaglieri, elle ne peut constituer le critère adéquat de l'abus de droit, car elle est dépourvue de tout caractère juridique.

3. Le détournement du but social

Clef de voûte de la théorie de Josserand, ce critère fut relativement vite adapté aux rapports internationaux. « En dernière analyse, les droits sont conférés par la communauté et celle-ci doit prévoir qu'ils ne soient pas exercés de manière antisociale. Le nier signifierait, du point de vue du droit international, qu'en matière internationale les droits sont des facultés dont la source ne réside pas dans le droit objectif créé par la communauté, mais dans la volonté et la puissance de l'Etat ¹¹⁷. » Fonction du système juridique, les droits ne peuvent en être individuellement dissociés; ils possèdent un but défini, un rôle social à remplir; les détourner de leur fonction sociale signifie par conséquent commettre un abus de droit ¹¹⁸.

Cette conception de l'abus de droit présente l'avantage essentiel de pouvoir s'appliquer à un nombre étendu de cas pratiques, tirés de domaines fort variables. Parfois même, la doctrine construit des exemples inattendus: ainsi, selon le juriste britannique F. A. Mann, la souveraineté étatique en matière monétaire est soumise au principe de l'abus de droit; ce dernier eût été appliqué, dit-il, si entre 1921 et 1923 l'Allemagne avait délibérément provoqué ou aggravé l'inflation, dans le seul but de se soustraire par ce moyen à ses obligations envers l'étranger, c'est-à-dire dans un but nettement antisocial ¹¹⁹.

Parmi les précédents judiciaires, nous retrouvons l'affaire *Nottebohm*, où la Cour internationale de Justice affirma sans détours que la naturalisation d'une personne doit permettre de consacrer en droit son appartenance en fait à un Etat, but détourné en l'occurrence, car *Nottebohm* agissait sous l'impulsion de mobiles différents ¹²⁰.

Mais le critère fonctionnel est invoqué de façon plus adéquate encore dans la sentence arbitrale du président Coolidge entre le Chili et le Pérou, en l'affaire *Tacna-Arica* ¹²¹. Par le traité d'Ancon du 20 octobre 1883, les provinces de Tacna et Arica, précédemment péruviennes, avaient été confiées à l'administration du Chili, à charge pour ce pays d'organiser après dix ans un plébiscite général dont dépendrait leur appartenance définitive. De nombreuses contestations surgirent entre les deux Etats et le Pérou accusa l'administration chilienne de commettre plusieurs malversations, en particulier celle d'appeler sous les drapeaux de nombreux Péruviens domiciliés dans ces provinces, non pour des raisons militaires, mais dans le but de les éloigner de la contrée et d'éliminer ainsi leurs voix en cas de plébiscite.

La sentence contient à cet égard un passage intéressant. L'arbitre estime en effet que dans la mesure où de telles malversations se sont produites, elles constituent un abus de la part des autorités chiliennes. Certes, ajoute-t-il, le dossier de l'affaire ne permet pas de déterminer avec

exactitude l'étendue de cet abus et la situation n'est pas sérieuse au point d'ôter toute valeur aux dispositions relatives au plébiscite. Mais les infractions intermittentes et sporadiques qui ont été commises n'en sont pas moins importantes en ce qui concerne les conditions du plébiscite¹²². Sans aucun doute, l'arbitre invoque ici le critère fonctionnel, car il admet que les malversations de l'administration chilienne conduiraient à éluder le but du traité, en empêchant le plébiscite de se dérouler normalement¹²³.

Il serait vain de chercher à nier les intentions du Chili, mais voir dans la remarque de l'arbitre une allusion à la théorie de l'abus de droit est plus discutable. Certes, les autorités chiliennes ont exercé le droit de recruter une armée à des fins autres que celles normalement admises ; elles ont ainsi causé un dommage ou tout au moins porté atteinte aux droits et intérêts du Pérou ; mais qu'en est-il du premier élément de l'abus de droit ? L'administration chilienne a-t-elle agi conformément aux règles du droit international ou, au contraire, en violation d'une norme spécifique ? A première vue, l'exigence de la légalité est respectée, car chaque Etat dispose de la compétence la plus absolue dans le domaine du recrutement de ses forces militaires, sauf dans le cas où un traité ou une convention y apportent une limite déterminée. Telle est d'ailleurs l'opinion du président Coolidge : en vertu du traité d'Ancon, les provinces de Tacna et Arica sont soumises à l'autorité totale et absolue du Chili. « L'Arbitre n'a pas la compétence de limiter les pouvoirs ainsi accordés par le traité. S'il existe une limitation quelconque, elle doit se trouver dans les termes mêmes du traité¹²⁴. »

Or en fait, une telle limitation existe et résulte des règles relatives au plébiscite : « On peut admettre que l'exercice par le Chili, des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ne devrait pas s'étendre au point d'éluder les dispositions concernant le plébiscite. Bien plus, il est impossible de l'étendre sans déroger à l'autorité que les parties ont convenu de conférer au Chili¹²⁵. » En d'autres mots, le pouvoir des autorités chiliennes est limité par l'obligation d'organiser un plébiscite. En commettant les infractions mentionnées, ces autorités ne détournent pas exactement un droit de sa fonction sociale, mais cherchent à empêcher l'exécution d'obligations contractées. Dans ces circonstances, elles agissent donc contrairement aux dispositions relatives au plébiscite et au principe général selon lequel chacun est tenu d'exécuter ses obligations de bonne foi. Par conséquent, le premier élément de l'abus de droit, la conformité aux normes juridiques existantes, n'est pas respecté.

Un point toutefois demeure acquis : même si aucun précédent n'invoque en réalité la théorie de l'abus de droit, le critère de Jossierand pourrait

conduire à des résultats satisfaisants. Cependant, comme l'avait relevé le professeur Dabin¹²⁶, le critère fonctionnel soulève certaines difficultés. Il est en effet nécessaire de déterminer préalablement le but dans lequel chaque droit a été conféré, le rôle social qu'il est appelé à jouer, autre que celui de protéger les intérêts du bénéficiaire. Si cette tâche est parfois relativement aisée, comme dans l'affaire Tacna-Arica où les pouvoirs accordés au Chili sont nécessairement limités par l'obligation de se conformer aux dispositions du traité conclu, elle est plus ardue sinon même impossible dans la majorité des cas. Son utilisation pratique se heurte donc à des difficultés. C'est pourquoi, sans toutefois repousser absolument le critère fonctionnel, nous nous efforcerons d'en découvrir un plus élastique, capable de s'adapter plus aisément à la diversité des situations matérielles.

4. Les modalités de l'exercice La doctrine internationale propose un dernier critère fondé sur les modalités de l'acte incriminé. Contrairement au critère technique de Josserand, il ne s'agit pas exactement de savoir si une faute lourde, légère ou une négligence ont été commises, mais si le droit est utilisé de manière normale, sans être accompagné de mesures arbitraires, irraisonnables, de rigueurs inutiles, de délais indus, etc.

En ce domaine, l'examen de la jurisprudence permet à première vue de découvrir plusieurs précédents et les partisans de ce critère ne manquent pas d'invoquer de nombreuses décisions, généralement choisies parmi les contestations relatives au traitement par un Etat, des étrangers vivant sur son territoire, décisions où l'on rencontre fréquemment le terme « arbitraire¹²⁷ ».

Ainsi, tel eût été le critère applicable à l'affaire Ben Tillet si, à l'époque, le droit d'expulsion n'avait été réglementé par aucune règle spécifique¹²⁸. De même, l'affaire des téléphones de Colombie constitue un excellent exemple¹²⁹ : en 1929, le Ministère des PTT colombien avait conclu avec une société française un contrat concernant l'installation d'un réseau téléphonique, qui devait être soumis à la ratification du Gouvernement. A la suite de troubles politiques, cause d'un remaniement ministériel, le Gouvernement se mit à temporiser, ajourner indûment sa décision, ceci au profit de concurrents américains. Un refus net ne fut signifié que vers la fin de 1930. Plainte fut déposée par la société française devant la Cour suprême de Colombie, mais celle-ci refusa d'y donner suite car, à son avis, le Gouvernement avait le droit de refuser sa ratification.

Dans son article consacré à cette affaire, le professeur Sibert ne conteste nullement le droit du Gouvernement colombien. Cependant, avec l'appui

de la jurisprudence administrative française et du cours déjà souvent cité de Politis à l'Académie de droit international, il voit un abus « quand l'exercice du droit s'entoure de rigueurs inutiles ou cause un préjudice qui n'est pas la cause directe et nécessaire de son utilisation... Tout autant que des rigueurs inutiles apportées à l'exercice d'une faculté juridique, des retards anormaux mis à l'utiliser sont constitutifs d'abus de droit ¹³⁰. » A son avis, le Gouvernement colombien voit sa responsabilité engagée, non pour avoir refusé sa ratification, mais pour avoir tergiversé plus d'un an avant de signifier sa réponse définitive.

Dans l'application du critère des modalités de l'acte, l'autorité judiciaire ou arbitrale dispose d'un pouvoir considérable, car elle est appelée à apprécier discrétionnairement les circonstances de fait dans chaque cas particulier. Certains pourraient donc y voir une fois de plus le danger d'une dictature judiciaire ou prétendre que le juge est mal placé pour examiner les faits et qu'il doit se limiter aux strictes considérations juridiques. Il est cependant possible de répondre que, fréquemment, des normes juridiques spécifiques invoquent la notion d'« acte arbitraire » et chargent le juge d'en déterminer la portée, l'obligeant ainsi à apprécier les données de fait. Tel est, par exemple, le cas du droit d'expulsion où une action arbitraire d'un Gouvernement engage la responsabilité de l'Etat à qui elle est imputable ¹³¹.

Le critère des modalités de l'acte est donc théoriquement concevable. Pour certains, il joue même un rôle fondamental dans tout système juridique. Selon Leibholz, toute violation d'une norme de droit international présuppose l'existence d'une règle sur l'interdiction de l'arbitraire ¹³². Par conséquent, si l'interdiction de l'arbitraire s'inscrit parmi les piliers du droit international, à plus forte raison constitue-t-elle le critère parfait de l'abus de droit.

A notre avis, ce critère présente cependant l'inconvénient majeur de ne s'appliquer qu'à un nombre limité de cas. En réalité, de nombreux actes sont souvent qualifiés d'abus sans qu'ils aient pour autant un caractère arbitraire ou soient entourés de rigueurs inutiles, selon l'expression de Sibert. Ainsi, le recrutement effectué par les autorités du Chili dans les provinces de Tacna et Arica, quoique condamnable par son but, n'était ni arbitraire ni irraisonnable ; il en est de même des décisions de détourner certains cours d'eau internationaux lorsqu'elles s'inspirent d'un intérêt légitime, malgré les dommages causés à autrui. Le critère des modalités de l'exercice d'un droit, quoique utilisable dans certaines circonstances, ne possède donc pas une portée suffisamment étendue pour viser tous les cas d'abus de droit. Il est par conséquent préférable de l'éliminer, dans la mesure où peut se découvrir un critère unique, susceptible à lui seul de remplir le rôle désiré.

5. Le critère à admettre

Devant l'extraordinaire diversité des circonstances pratiques, plusieurs auteurs se refusent à admettre un critère unique et proposent d'examiner les faits dans chaque cas particulier : « Du point de vue juridique, les apparences de ce concept ne se laissent pas aisément encadrer sous un dénominateur commun ; les motifs sont si différents (p. ex. intention de nuire, absence d'intérêt, détournement du but social) que l'on pourrait difficilement parler d'un critère unique ¹³³. »

D'autres préfèrent analyser les formes caractéristiques de manifestation de l'abus et établir ainsi une liste de critères, s'excluant en général l'un l'autre ¹³⁴.

En réalité, ces deux attitudes présentent certains avantages. Concept fluide, l'abus de droit ne se laisse pas définir ; chaque critère proposé vise un certain domaine mais s'avère inutilisable dans d'autres cas. Même le critère fonctionnel de Josserand n'échappe pas à ces difficultés car il ne saurait, par exemple, s'appliquer à la majorité des actes dits arbitraires. Tel fut sans doute le motif qui induisit le législateur suisse à introduire dans le Code civil le principe de l'abus de droit, sans proposer de définition, abandonnant cette tâche au juge, mieux placé que lui pour en déterminer la portée pratique.

Il est néanmoins possible de trouver un critère valable, à condition de lui accorder une signification extrêmement large et élastique. Aperçu par le professeur Dabin ¹³⁵, il se traduit en fait dans l'usage immoral d'un droit, vaste dénominateur commun de tous les autres critères proposés. A notre avis pourtant, malgré les précautions prises par le savant belge, l'expression « usage immoral » n'est pas satisfaisante ; elle possède une certaine ambiguïté et risque trop facilement d'évoquer l'influence du droit naturel. Aussi préférons-nous parler d'exercice *manifestement choquant* du droit, terme qui permet de mieux souligner le caractère objectif du critère. L'on évite ainsi de recourir à la notion de morale, portée par définition vers une certaine subjectivité, pour se fonder sur le terrain plus solide de la source même de tout droit, sur la société ou, en droit international, sur la collectivité internationale.

En dernière analyse, la société constitue le véritable juge, incarné dans les personnes chargées de trancher les litiges. Tout acte contraire aux règles de conduite admises par la société suscite une réaction plus ou moins violente et lorsque celle-ci atteint un degré déterminé, certaines mesures sont prises pour remédier au trouble causé. En réalité, la théorie de l'abus de droit n'est autre qu'un instrument de mesure de cette réaction. Pourquoi certains exercices sont-ils abusifs et d'autres pas, est une question insoluble. Devant les applications de la théorie de l'abus, nous en sommes réduits à constater ce fait : qu'il s'agisse d'un détournement du but social

d'une règle juridique, d'une disproportion évidente d'intérêts, d'actes arbitraires ou de toute autre forme d'abus imaginable, la société s'est trouvée choquée.

En raison de la fluidité du concept de l'abus, le critère préférable sera indubitablement par la même occasion le plus vague et le plus élastique. C'est pourquoi, au lieu de nous accrocher à une énumération forcément incomplète de critères partiels, nous préférons nous borner à une formule des plus générales : l'abus de droit résulte de l'exercice manifestement choquant d'un droit, soit par l'acte lui-même, soit par les résultats auxquels il conduit.

CHAPITRE V

FONDEMENTS DE LA THÉORIE DE L'ABUS

Lorsque les partisans de l'abus de droit s'efforcent d'adapter leur théorie au domaine du droit des gens, ils invoquent certaines raisons fondamentales en vertu desquelles cette introduction s'avère indispensable. Etayées d'arguments historiques, sociologiques, politiques, voire économiques, ces raisons expliquent le pourquoi de l'apparition de la doctrine de l'abus dans la sphère internationale.

1. La théorie de l'évolution

Si Politis ne réussit point à imposer à la doctrine unanime la substance de son célèbre cours, sa thèse de l'évolution du droit international obtint un succès considérable, souvent acceptée même par les adversaires de l'illustre savant. Partant du postulat aujourd'hui incontesté que le droit, « fidèle image de la vie », évolue et se transforme perpétuellement, il relève que cette évolution suit une tendance bien déterminée vers un assouplissement. Permettons-nous, en raison de son importance, de citer quasi intégralement un passage significatif :

« Dans les sociétés primitives, ..., le droit se caractérise par sa simplicité et sa rigidité. Il emprunte à l'état social dont il est le reflet son défaut de nuances. Ses formules sont raides et tranchantes. Elles sont aussi durables, car les changements du droit, comme ceux de la vie, sont lents.

» Le droit est tout imprégné d'individualisme. L'ordre social se dissimule derrière la personnalité de ses membres, qui est au premier plan. Les facultés légales sont tenues pour des prérogatives accordées à l'individu envisagé en soi, abstraction faite de ses attaches avec le milieu social. Leur usage n'engage pas en principe la responsabilité de leur titulaire, quel que soit le tort causé par lui aux tiers.

» ...

» Mais à mesure que l'organisation sociale se développe, que les relations humaines s'étendent et se compliquent, le droit perd sa rigidité et sa simplicité primitives ; il devient plus souple et plus nuancé. Ses formules sont moins durables, car les changements sont plus fréquents et plus rapides. Le besoin de leur adaptation aux réalités de la vie est senti plus souvent et plus vivement.

» Le droit se dépouille progressivement de son individualisme pour prendre davantage l'aspect et la signification d'un produit social. Les droits individuels ne sont plus considérés que comme des facultés légales conférées aux membres de la société dont il doit être fait usage en vue de fins licites, pour des buts admis par la loi ou les mœurs, et sous la responsabilité de leur auteur.

» ...

» Cette évolution du droit et de la pensée juridique a fourni la notion d'où est sortie la théorie de l'abus des droits¹³⁶. » Celle-ci en effet, destinée à contrôler l'exercice des droits, intervient lorsqu'il en est fait usage dans un but interdit par la loi ou dans un esprit contraire à celle-ci.

Énoncée par Politis en termes généraux, la théorie de l'évolution, selon lui, s'applique également au droit international. Si autrefois le droit international était imprégné d'individualisme, marqué par la doctrine de la souveraineté absolue et si, par conséquent, l'abus de droit n'y avait aucune place, il n'en est plus de même aujourd'hui. A son avis, la société internationale est graduellement entrée dans une phase nouvelle et le dogme de la souveraineté y a perdu une partie de son importance, opinion partagée d'ailleurs par d'autres auteurs : « Dire que le droit international doit demeurer un système juridique individualiste parce qu'il l'a été pendant une période de son existence, c'est en fait nier tout espoir de progrès d'un stade rudimentaire à un stade plus avancé¹³⁷. »

Bien qu'opposés à la théorie de l'abus de droit, certains juristes admirent néanmoins celle de l'évolution du droit des gens. En fait, il n'y a là aucun paradoxe, car les deux théories ne sont nullement interdépendantes : selon cette manière de voir, l'admission de l'abus de droit en droit des gens dépend de l'appréciation individuelle de chaque auteur, concernant le degré d'intégration de la société internationale. Ainsi, par exemple, Cavaglieri accuse Politis de « naviguer en plein droit naturel¹³⁸ » et, tout en souhaitant une telle évolution, constate qu'à l'heure actuelle, « chaque Etat se réserve la liberté la plus absolue d'agir à son gré lorsqu'il ne rencontre pas une limitation fixée par le droit international¹³⁹ ».

Sans aucun doute, la théorie de l'évolution doit une part essentielle de son succès à l'enthousiasme général qui entoura la naissance de la Société des Nations, à cette sorte d'euphorie qui caractérisa les premières années de l'entre-deux-guerres ; de plus, en soutenant la thèse de l'abus de droit,

elle permettait d'attaquer la notion de souveraineté absolue, cause présumée de tous les malheurs. Cependant, l'avenir n'allait pas tarder à renverser tous les espoirs ; le rêve d'une société internationale parfaite et homogène s'évanouit à l'aube de la seconde guerre mondiale. Seul Trifu, fidèle disciple de Politis, chantait encore dans la débâcle, en 1940 et à Paris, le culte de l'interdépendance, sans remarquer le son étrange de ses paroles : c'est en droit international que la théorie de l'abus s'applique le mieux, où « cette vieille théorie de la souveraineté a fait son temps ¹⁴⁰ ».

Certes, aujourd'hui, personne ne songe à nier une certaine modification des notions de souveraineté, d'indépendance et d'égalité absolue des Etats, surtout à la suite de la division du monde en deux blocs à l'intérieur desquels les nations se rapprochent sensiblement l'une de l'autre. Mais est-ce à dire que l'atmosphère, l'esprit du droit international se sont modifiés, que la société moderne repose sur des bases différentes que dans le passé ? En fait, le droit international s'intéresse à de nouveaux problèmes, régleme des matières jadis abandonnées à la liberté des Etats, mais il n'y a aucune raison d'en déduire une transformation fondamentale du droit des gens. Coopération, interdépendance et souveraineté ne sont pas des notions incompatibles ¹⁴¹, même à l'intérieur des deux blocs politiques actuels. Juridiquement, les Etats demeurent souverains, indépendants en droit ; la coopération et l'interdépendance se marquent par des conventions ou des traités de plus en plus nombreux, c'est-à-dire par un ensemble de règles nouvelles qui n'affectent pas la nature même du droit international. Le droit des gens se transforme tout au plus quantitativement, mais non pas qualitativement ¹⁴².

La thèse de Politis, selon laquelle l'interdépendance remplace peu à peu la souveraineté, fut d'ailleurs l'objet d'une critique d'autant plus intéressante, qu'elle émane d'un savant soviétique : « Cette conception affirme que la souveraineté est incompatible avec la coopération internationale, alors que la coopération normale comporte le développement des relations politiques et économiques entre des Etats égaux en droit, ainsi que le respect mutuel de leur souveraineté nationale ¹⁴³. » Les règles nouvelles dues à la coopération internationale limitent certes la souveraineté des Etats, mais n'attaquent pas sa substance.

Est-ce à dire que le droit international n'a pas encore suffisamment évolué pour admettre le principe de l'abus de droit ? Nous faut-il, comme Politis, ses partisans ou ses adversaires, soupeser le degré d'évolution du droit des gens, selon un critère strictement personnel, et en déduire l'introduction de l'abus ou, au contraire, son refus, en prévoyant toutefois son admission dans un avenir plus ou moins lointain ?

Sous cet angle, la question est à notre avis mal posée, car l'introduction du principe général de l'abus de droit sur le plan international ne dépend

pas d'une évolution déterminée de ce système juridique. A l'image de sa signification en droit privé, l'abus de droit constitue un concept strictement technique, un procédé de raisonnement et n'exige aucun terrain de culture soigneusement préparé. Il peut être admis ou repoussé par un ordre juridique quelle que soit son évolution, sans que cette situation n'affecte l'esprit du système lui-même. Preuve en est le tableau des différents droits internes où certains accueillent la notion de l'abus alors que d'autres la rejettent, sans pour autant que les résultats pratiques varient sensiblement. De même, lorsque les Cours suprêmes d'Etats fédératifs tranchent certains conflits entre Etats-membres, elles évitent d'invoquer l'abus de droit, bien que l'intégration soit plus marquée dans un Etat fédératif qu'au sein de la société internationale.

Par conséquent, une transformation qualitative du droit international ne saurait hâter l'introduction de l'abus de droit dans les rapports internationaux. Si un jour cette notion y pénètre, la cause ne sera nullement une évolution particulière ou une intégration plus poussée de la société internationale.

3. La nouvelle société internationale A l'heure actuelle, de nombreuses voix s'élèvent pour constater la faillite ou tout au moins l'éclipse prolongée du droit international. Après avoir connu une ère de gloire vers la fin du XIX^e siècle, le droit des gens classique ne put résister aux deux guerres mondiales, à la division du monde et à leurs innombrables répercussions, malgré l'éphémère reprise enregistrée au cours des premières années de la Société des Nations. Même au sein de l'Organisation des Nations Unies, les considérations juridiques jouent un rôle souvent insignifiant et rencontrent aujourd'hui une large indifférence¹⁴⁴.

Conscients du danger et soucieux de découvrir un terrain d'entente juridique nouveau, plusieurs auteurs, après avoir analysé les défauts et les échecs du droit international classique, proposent une refonte totale de ses bases et élaborent un système neuf adapté aux conditions et caractéristiques du monde moderne¹⁴⁵.

En ce qui concerne la théorie de l'abus de droit, l'attitude la plus intéressante, quoique peut-être aussi la plus étrange et la plus utopique, est incontestablement celle d'Alvarez. La société internationale, dit-il, totalement bouleversée par les deux cataclysmes récents, s'est transformée en une communauté nouvelle, fondée sur les principes de solidarité et d'interdépendance. Plus question de prédictions, d'évolution future, d'espairs plus ou moins lointains : les faits sont là, la nouvelle société internationale est née sur les ruines du passé.

Au début de la première guerre mondiale déjà, dans une étude publiée

à la demande de l'Institut américain de droit international¹⁴⁶, le juriste chilien dessine les caractéristiques du nouveau droit des gens : « Il importe d'asseoir le Droit international sur un ensemble de *droits fondamentaux*, sans leur donner pourtant le caractère absolu et métaphysique qu'ils ont présenté jusqu'ici et qui a valu, à cette notion, le discrédit dans lequel elle était déjà tombée¹⁴⁷ » ; la conception exagérée de la souveraineté absolue doit être révisée par l'introduction du complément indispensable de devoir social ou devoir international, fondé sur les notions de solidarité, d'interdépendance et d'utilité générale.

Loin de se lamenter après la seconde guerre mondiale, Alvarez conserva son optimisme, avant tout dans ses opinions individuelles ou dissidentes à la Cour internationale de Justice¹⁴⁸, malgré le peu d'enthousiasme qu'il suscita au sein de la doctrine¹⁴⁹.

Au nombre des caractéristiques du nouvel ordre juridique, la théorie de l'abus de droit occupe une place importante, car elle permet de combattre certains usages par trop absolus ou individualistes que les Etats font de leurs droits. Inconnue autrefois, elle est aujourd'hui indispensable, en vertu du droit d'interdépendance sociale¹⁵⁰ et des conditions nouvelles de la vie internationale¹⁵¹.

Bien que la société imaginée par le juge Alvarez ne soit qu'une utopie, certes sympathique, mais combien chimérique, cette théorie propose une solution intéressante au problème des fondements de l'abus de droit. A vrai dire, le juriste chilien s'inspire du même postulat que les défenseurs de la théorie évolutive : l'abus de droit ne peut s'introduire dans un système juridique que lorsque la société présente un degré d'intégration suffisant. Selon Schlochauer et Cavaglieri, la société internationale est encore trop individualiste, mais rien n'empêche de prévoir, dans l'avenir, l'admission du concept de l'abus de droit¹⁵². Politis estime remplies les conditions nécessaires et juge opportune une telle introduction ; Alvarez enfin, parachève le cycle. A son avis, les événements récents ont non seulement précipité l'évolution de la société, mais encore détruit ses bases classiques : une nouvelle société s'est construite, conforme aux exigences modernes, selon les principes nouveaux de solidarité et d'interdépendance, dont l'application de la théorie de l'abus de droit est l'une des premières conséquences. En d'autres termes, si la doctrine de Politis prend le nom de théorie de l'évolution, celle d'Alvarez supporterait aisément celui de théorie de l'évolution accomplie.

A nos yeux, fonder l'abus de droit sur la nouvelle société internationale suscite les mêmes critiques que la théorie évolutive. Même à supposer l'existence de ce nouvel ordre international, il serait faux d'y voir la raison de l'application du principe de l'abus sur le plan international. Certes, il pourrait s'y rencontrer, à titre de caractéristique secondaire,

mais ne saurait en aucun cas constituer une conséquence directe et obligatoire. Concept technique, l'abus de droit ne dépend pas d'une intégration déterminée de la société internationale, d'une évolution particulière, par ailleurs bien difficile à préciser, à en juger par les opinions contradictoires des différents auteurs mentionnés.

3. L'abus de droit, concept technique La théorie de l'évolution, conçue par Politis, et celle de la nouvelle société internationale d'Alvarez, s'expliquent sans doute par la constatation suivante : lorsqu'une société se développe, lorsque ses membres commencent à entretenir entre eux des relations de plus en plus étroites, pour aboutir à une certaine interdépendance, les rapports juridiques se compliquent et le domaine de la liberté individuelle s'amoindrit devant l'apparition de règles nouvelles. Certains actes, jadis licites, ne sont désormais plus tolérés ; de nombreux droits, autrefois discrétionnaires, se limitent en fonction du développement des relations.

Il est évidemment tentant de voir dans cette évolution une explication de l'apparition de la théorie de l'abus de droit. Cependant, bien qu'il soit vain de chercher à nier le développement de la société internationale moderne, il est faux d'en déduire des arguments favorables à la théorie de l'abus de droit. En effet, contrairement à la société internationale elle-même, les moyens utilisés par la technique juridique ont peu évolué : la communauté ou ses membres créent de nouvelles règles spécifiques, précisent la réglementation déjà existante. En d'autres termes, les droits des Etats sont entourés d'un nombre toujours plus élevé de limites, en dehors desquelles ces droits n'existent plus. Le procédé suivi demeure donc le procédé classique selon lequel des actes autrefois licites sont déclarés illicites parce qu'ils violent les nouvelles normes spécifiques. L'on ne peut par conséquent parler d'abus de droit, car ils s'agit en réalité de violations du droit.

Une première, quoique timide tentative d'explication différente apparaît dans l'ouvrage de Kiss, lorsque l'auteur examine l'origine du principe de l'abus de droit. Après avoir repoussé implicitement la théorie de l'évolution et son aboutissement dans la nouvelle société internationale, il s'efforce de découvrir une autre solution : « D'où vient... cette interdiction ? A notre sens exactement de la même source que dans les ordres juridiques internes : de la notion et de la technique même du droit ¹⁵³. »

Cette thèse soulève trois points importants : tout d'abord, selon l'auteur, l'abus de droit est issu de la notion même du droit. En second lieu, il est un produit de la technique juridique. Il provient enfin de sources identiques en droit interne et en droit international, de sorte que les conclusions tirées à l'issue de la première partie de notre étude conservent, du point de vue théorique, leur valeur sur le plan international.

A notre avis, si ces deux derniers points se justifient, le premier est en revanche des plus discutables. Selon Kiss, l'abus de droit est un concept issu de la notion et de l'idée même du droit. En effet, dit-il, le but de toute réglementation juridique consiste à réprimer les abus quels qu'ils soient, sous toutes leurs formes et leurs manifestations. A ses yeux, l'interdiction de l'abus de droit est par conséquent une règle fondamentale, car elle s'inspire directement de ce but et permet de l'atteindre sans détour. Elle matérialise en quelque sorte le but même du droit. Cette manière de voir conduit par ailleurs l'auteur à affirmer que la notion d'abus de droit se retrouve dans tous les ordres juridiques sans aucune exception : puisque tout système juridique tend à réprimer toutes les formes d'abus, la théorie de l'abus de droit doit nécessairement être reconnue, car elle constitue le meilleur moyen d'y parvenir.

Cependant, une telle optique est erronée, car elle résulte, nous l'avons vu à diverses reprises déjà, d'une confusion entre les différents sens du terme abus et de plus, elle ne correspond pas aux solutions proposées par les ordres juridiques internes que nous avons examinés. S'il est vrai que toute réglementation juridique cherche à empêcher les abus au sens large ou commun du terme, il n'en va pas de même de l'abus de droit, car les deux notions ne se recouvrent pas.

En réalité, l'abus de droit constitue un concept strictement technique, un procédé de raisonnement particulier en vertu duquel il est possible de condamner l'exercice d'un droit sans toucher au droit lui-même. Notre examen de droit comparé nous a permis de relever son caractère subsidiaire. En effet, l'abus de droit n'intervient que lorsque les autres règles de droit ne permettent pas d'atteindre les résultats désirés. Autrement dit, aucune condition particulière n'est nécessaire pour permettre le développement de ce concept dans un système donné, sinon la carence des autres normes juridiques. Ainsi, par exemple, dans certains Etats tels que la France, une conception par trop absolue des droits privés conduisit à diverses reprises à des résultats indésirables. La théorie de l'abus de droit fut alors créée et utilisée pour remédier à ces inconvénients. Dans d'autres Etats en revanche, certains principes originaux ou des constructions théoriques différentes, permirent de satisfaire aux besoins et d'éviter ainsi de recourir au principe de l'abus de droit.

Chercher à fonder la théorie de l'abus de droit sur une évolution déterminée de la communauté internationale est par conséquent faux. Il est préférable de reconnaître le caractère strictement technique de l'abus de droit et de lier son introduction à la carence des autres normes du système en question. Tant que les règles de droit spécifiques ou les principes généraux satisfont les besoins de la société, il n'est pas nécessaire de songer à utiliser la théorie de l'abus de droit.

CHAPITRE VI

LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ABUS DE DROIT

Avant de mettre un terme à cette seconde partie consacrée à la construction théorique de l'abus de droit en droit international, il importe d'examiner quelles pourraient être les conséquences juridiques de ce principe. Bien qu'à notre avis, l'interdiction générale de l'abus de droit ne constitue pas, pour l'instant du moins, une norme du droit des gens, diverses raisons nous incitent à étudier ici cette question.

En effet, nous nous sommes essentiellement attaché au cours des pages précédentes, à exposer l'aspect strictement théorique de l'abus de droit ; il est par conséquent indispensable d'envisager également et dans le même esprit, les moyens capables d'assurer le respect de cette règle si elle s'introduisait un jour en droit des gens. D'autre part, si la doctrine s'arrête fréquemment aux problèmes soulevés par l'abus de droit, celui des conséquences juridiques de l'abus est généralement resté dans l'ombre, sous réserve de quelques rares exceptions. Cet examen enfin ne tardera pas à dévoiler certaines difficultés auxquelles conduirait l'adoption de ce principe et nous fournira ainsi une nouvelle raison de combattre son introduction en droit des gens.

A vrai dire, le problème des conséquences juridiques de l'abus de droit est assez embarrassant et la doctrine ne contribue pas à y apporter une grande clarté ¹⁵⁴. Pour les uns, le caractère abusif d'un acte entraîne automatiquement sa nullité absolue ¹⁵⁵ ; selon d'autres, l'abus de droit engage directement la responsabilité de son auteur et constitue ainsi un acte illicite ¹⁵⁶ ; certains hésitent entre la nullité, l'annulabilité et l'illicéité de l'acte ¹⁵⁷, tandis qu'un dernier groupe d'auteurs se refuse à énoncer une solution générale et propose une série de mesures adaptées à différents cas particuliers ¹⁵⁸. Une voix enfin, hostile à la théorie de l'abus de droit, en déduit logiquement la parfaite validité des actes dits abusifs et affirme qu'en cas de dommages causés à autrui, leur appréciation et leur réparation ne peuvent se fonder que sur des considérations extra-juridiques ¹⁵⁹.

De tous les auteurs qui se sont attachés aux problèmes posés par l'abus de droit, seul le professeur Guggenheim s'est arrêté plus longuement à celui de ses conséquences. A son avis, « la théorie de l'abus de droit se trouve (donc) en étroite relation avec les principes qui régissent les conséquences de l'acte nul et de l'acte illicite. L'abus de droit constitue un acte nul lorsqu'il n'est pas exécuté. Une fois exécuté, il revêt le caractère d'un acte illicite, la non-reconnaissance de l'acte par le sujet qui en est victime ne suffisant pas à son abrogation. Pour réaliser l'annulation de

l'acte, il est indispensable d'instituer une procédure particulière qui s'identifie avec celle de la réparation prévue par les règles relatives à la responsabilité internationale ¹⁶⁰. »

Ce texte relativement compliqué mérite quelques explications. Guggenheim s'inspire ici de la distinction classique établie dans la doctrine entre les actes nuls et les actes illicites et envisage par conséquent deux éventualités distinctes.

1^o Lorsqu'un acte est abusif, le sujet de droit qui éprouve un dommage éventuel n'est nullement tenu de le reconnaître. Par conséquent, selon Guggenheim, si l'acte n'a pas encore été exécuté, sa non-reconnaissance par le sujet de droit lésé suffit pour que soit réalisée son abrogation.

Afin d'illustrer son raisonnement, Guggenheim invoque l'affaire Vitianu entre la Roumanie et la Suisse ¹⁶¹. Vitianu, ressortissant roumain, avait été nommé conseiller économique auprès de la Légation de Roumanie à Berne, afin qu'il puisse demeurer sur le territoire de la Confédération helvétique et éventuellement échapper à des poursuites pénales dont il allait être l'objet de la part des autorités suisses. Or, selon Guggenheim, une nomination diplomatique effectuée dans ces circonstances constitue un exemple d'abus du droit que possède chaque Etat de choisir librement son personnel diplomatique ¹⁶². La Suisse n'était donc pas tenue de reconnaître une telle nomination.

Mais l'argumentation de Guggenheim ne fut pas retenue dans le jugement de la Cour pénale fédérale ¹⁶³, et à notre avis la théorie de l'abus de droit est ici inapplicable. Pour pouvoir déployer des effets en droit international, la nomination de Vitianu devait être soumise à l'approbation du Gouvernement suisse, et l'on doit relever à ce propos que les autorités roumaines s'efforcèrent de l'obtenir, mais sans succès. L'on ne peut donc parler de nomination abusive ou illicite du point de vue international, car sans l'accord des autorités suisses, celle-ci était d'ordre strictement interne et relevait du seul droit administratif roumain. De plus, même si la Suisse avait accordé son consentement, le recours à la théorie de l'abus de droit demeurerait inutile : en reconnaissant cette nomination, la Suisse aurait admis que Vitianu jouisse des privilèges diplomatiques, autrement dit d'un statut nouveau. En cas d'assentiment donné à la légère, elle n'aurait pu s'en prendre qu'à elle-même et ne saurait se prévaloir par la suite d'un éventuel abus de droit commis par la Roumanie.

2^o Selon Guggenheim, la plupart des cas d'abus de droit ne peuvent cependant relever de la catégorie précédente car, dit-il, « l'acte a déjà été partiellement ou totalement appliqué ¹⁶⁴ ». Dans ce cas, l'acte a même, le plus souvent, causé un dommage à un autre sujet de droit, de sorte que l'auteur est tenu de réparer le préjudice. La procédure suivie alors s'identifie à celle prévue en matière de responsabilité internationale : dans la

mesure du possible, il s'agit de rétablir la situation antérieure, sinon l'Etat fautif sera contraint d'indemniser l'Etat lésé.

La thèse exposée par le professeur Guggenheim soulève diverses objections. Tout d'abord, sous une allure à première vue attrayante, le critère de l'exécution présente en fait une fausse image de la réalité. Savoir si un acte a ou n'a pas été exécuté selon la terminologie de Guggenheim, revient plutôt, sous l'angle de l'abus de droit, à déterminer quels en ont été les effets et à savoir si un dommage a été causé à autrui. Or, lorsque nous avons examiné les éléments de l'abus de droit, nous avons admis à titre d'élément constitutif essentiel, la présence d'un dommage¹⁶⁵. Sans dommage, il est impossible de parler d'abus de droit et, par conséquent, la première catégorie relevée par Guggenheim ne saurait être visée par la règle de l'abus de droit.

De plus, si l'on admettait le critère proposé par Guggenheim, son application pratique soulèverait de nouvelles difficultés considérables. Comment peut-on en effet déterminer avec précision dans chaque cas particulier le moment exact où un acte entre dans la phase de l'exécution ? La réponse sera parfois facile, mais il n'en ira pas toujours de même. Ainsi, par exemple, dans le cas cité par Guggenheim d'une nomination diplomatique destinée à soustraire une personne aux poursuites pénales d'un Etat, quand peut-on véritablement parler d'une nomination exécutée, partiellement exécutée ou encore inexécutée ?

Enfin, le critère de l'exécution s'inspire de la distinction opérée en doctrine entre les actes nuls et les actes illicites. Or, le professeur Guggenheim lui-même insiste sur la relativité de cette distinction et en atténue considérablement l'importance¹⁶⁶. Il en est par conséquent de même de celle qui concerne les conséquences de l'abus, autrement dit du critère de l'exécution.

A nos yeux, le problème des conséquences juridiques de l'abus de droit doit se résoudre de manière différente : à supposer que l'ordre juridique international contienne une norme interdisant expressément l'abus de droit, tout acte qualifié d'abusif violerait nécessairement cette disposition. Il serait donc illicite, parce que non conforme à la règle qui le condamne. Par conséquent, en raison de la violation de cette règle de droit, l'abus de droit engagerait directement la responsabilité de son auteur, de sorte qu'il ne serait plus nécessaire de recourir au critère artificiel de l'exécution, tel que le propose Guggenheim.

Une fois déterminé le caractère illicite de l'abus de droit, se posera alors le problème de la réparation qui, selon un principe établi de longue date par la Cour de La Haye, doit revêtir une forme adéquate¹⁶⁷. Dans certains cas, l'annulation de l'acte sera nécessaire et suffisante ; dans d'autres, le rétablissement de la situation antérieure ou le paiement de

dommages-intérêts s'imposera. Mais de toute manière, la forme de réparation n'est qu'une conséquence du caractère illicite de l'abus de droit.

Le problème des conséquences juridiques de l'abus de droit soulève une dernière difficulté, d'un ordre totalement différent. En droit international classique, l'obligation de réparer constituait la conséquence essentielle, sinon unique de l'acte illicite, conformément à la notion de responsabilité civile¹⁶⁸. Aujourd'hui pourtant, une nouvelle tendance se manifeste et une partie de la doctrine s'efforce d'introduire en droit des gens le concept de responsabilité pénale. Ainsi, l'auteur d'un acte illicite se trouverait non seulement dans l'obligation de donner satisfaction à la partie lésée, mais encourrait également la menace d'une peine¹⁶⁹.

Certes, à l'heure actuelle, cette conception nouvelle n'est pas encore admise par l'ensemble des juristes internationaux¹⁷⁰, mais il n'en est pas moins intéressant d'examiner quelles pourraient en être les incidences sur la théorie de l'abus de droit. A notre connaissance, seul Politis s'y arrêta brièvement à l'occasion de sa critique de la sentence rendue par le président du Chili en l'affaire de la fermeture du port de Buenos Aires.

Les faits de ce précédent étaient les suivants : pour des raisons militaires et de sécurité, les autorités argentines avaient décidé d'interdire l'accès au port de Buenos Aires à tout navire ayant précédemment fait escale à Montevideo. Comme le délai d'avertissement avait été très court, plusieurs ressortissants étrangers subirent des dommages considérables. Le différend fut soumis au président du Chili qui libéra l'Argentine de toute responsabilité, estimant que tout Etat possède le droit de fermer ses ports aux navires étrangers et que, par conséquent, celui qui exerce un droit ne saurait léser personne¹⁷¹.

Quelques années auparavant, un différend identique avait surgi entre la Grande-Bretagne et la France, à la suite de la fermeture par la France du port de Portendick. L'arbitre choisi en la personne du roi de Prusse avait cependant condamné la France à dédommager les ressortissants britanniques lésés par cette mesure¹⁷².

Dans sa critique, Politis reproche tout d'abord à l'arbitre chilien d'avoir ignoré le précédent de Portendick, pourtant célèbre à cette époque déjà. Le problème de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale intervient lorsqu'il s'efforce d'analyser et de comprendre le raisonnement de l'arbitre. Celui-ci, dit Politis, a commis l'erreur de confondre l'effet civil et l'effet pénal de la règle obligeant les Etats à avertir à temps les navires étrangers, lorsqu'ils se décident à fermer un port. En obligeant l'Argentine à réparer le dommage causé, l'arbitre se serait sans doute imaginé lui infliger une peine et c'est pourquoi il préféra la libérer de toute responsabilité. Selon Politis, une telle attitude est erronée, car l'obligation pour

l'Argentine d'indemniser les victimes ne doit pas être considérée comme une peine. Si la fermeture d'un port est justifié pour sauvegarder le salut d'un Etat, elle s'imposera, voire même sans aucun délai, et ne saurait engager la responsabilité pénale de cet Etat. Fermer un port ne constitue pas un crime du point de vue du droit des gens. Cependant, dit Politis, il ne faut pas confondre responsabilité pénale et responsabilité civile. Le fait d'être libéré du point de vue pénal ne dispense pas nécessairement l'Etat d'indemniser les ressortissants étrangers, surtout si la mesure a été prise brusquement, sans avertissement préalable. Cette réparation est d'ordre strictement civil et l'Argentine devait par conséquent être tenue de réparer le dommage causé¹⁷³.

Ce passage montre donc que, selon Politis, l'abus de droit déploie uniquement des effets civils. A notre avis, cette opinion est absolument justifiée : si l'abus de droit devait un jour s'introduire en droit international, il ne saurait engager la responsabilité pénale de son auteur, mais seulement sa responsabilité civile. L'Etat qui exerce un droit que lui confère l'ordre juridique international ne commet pas un crime. S'il abuse de ce droit et cause ainsi un dommage à un autre Etat, il devra réparation, mais sans se voir menacé d'une peine. En droit interne d'ailleurs, la théorie de l'abus de droit et celle du détournement de pouvoir n'interviennent que dans les domaines respectifs du droit civil et du droit administratif et l'on doit présumer que ce caractère ne changerait pas si jamais la règle de l'abus de droit devait s'introduire en droit des gens.

Tels sont à notre avis les problèmes posés par les conséquences juridiques de l'abus de droit. Evidemment, ils présupposent la reconnaissance de ce principe en droit international, car une règle de droit ne saurait déployer aucun effet avant d'avoir été préalablement admise dans l'ordre juridique en question. Or, pour l'instant du moins, l'interdiction générale de l'abus de droit ne constitue pas une norme de droit international. Quelle est dès lors la situation ? Devons-nous avec Cavaglieri admettre la parfaite validité des actes dits abusifs et prétendre que, si un dommage est causé à autrui, son appréciation et sa réparation ne possèdent aucun caractère juridique¹⁷⁴ ? La solution est autre : la plupart des prétendus exemples d'abus de droit que l'on peut relever dans la doctrine cachent en général de véritables violations du droit et constituent des actes illicites. Par conséquent, la question de la réparation du dommage ne concerne plus la théorie de l'abus de droit, mais celle de la responsabilité internationale pour actes illicites.

Cette construction n'apporte évidemment aucune innovation, mais elle présente deux avantages. Tout d'abord, elle évite de créer une catégorie d'actes tantôt nuls, tantôt illicites, selon qu'ils ont ou n'ont pas été exécutés, ainsi que le propose le professeur Guggenheim. D'autre part, elle

respecte mieux la réalité, car elle se fonde sur la nature exacte d'actes qui ne sont qu'artificiellement qualifiés d'abus de droit. Innover est parfois une nécessité, mais non pas lorsque les moyens traditionnels fournissent des résultats satisfaisants. Or en l'espèce, les règles actuelles permettent d'atteindre, certes non pas la perfection, mais du moins un niveau supérieur à celui auquel pourrait conduire le principe général de l'abus de droit.

NOTES DE LA DEUXIÈME PARTIE

¹ SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 82 ; SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, ZVR 1933 p. 375 ; RIPERT, *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, RCADI 1933 II p. 618 ; *Acts of the Conference for the codification of international law* (La Haye, 1930), II, Minutes of the first committee (Nationality), p. 197.

² POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 86 ; LAUTERPACHT, *The function of law*, p. 286 ; P. FRANÇOIS, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1938 IV p. 67 ; FEDOZZI-ROMANO, *Trattato di diritto internazionale*, I p. 530.

³ Voir plus bas, pp. 64-67.

⁴ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 87 ; G. SCELLE, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1933 IV p. 369 ; du même auteur, *La guerre civile espagnole et le droit des gens*, RGDIP 1938 p. 293 ; E. KAUFMANN, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1935 IV pp. 522-523 ; TRAVERS, *La nationalité des sociétés commerciales*, RCADI 1930 III p. 71 ; SALVIOLI, *Les règles générales de la paix*, RCADI 1933 IV p. 67.

⁵ LEIBHOLZ, *Das Verbot der Willkür und des Ermessensmissbrauches im völkerrechtlich Verkehr der Staaten*, ZaöR 1929 p. 94 ; W. SAUER, *System des Völkerrechts*, p. 407 ; VERDROSS, *Völkerrecht*, p. 81.

⁶ FENWICK, *The scope of domestic questions in international law*, AJIL 1925 p. 145 ; FITZMAURICE, *The law and procedure of the ICJ*, BYB 1950 pp. 12-13 ; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 345 ; SPIROPOULOS, *L'abus du droit de vote*, Revue hellénique, 1948 I p. 6 ; PANAYOTACOS, *Un cas d'extension arbitraire des limites de la mer territoriale*, Revue hellénique, 1953 p. 255 ; NATIONS UNIES, *Commission de droit international* (Plateau continental), AJIL 1954, supplément, p. 41.

⁷ B. CHENG, *General principles of law as applied by International Courts and Tribunals* pp. 121-136 ; KISS, *L'abus de droit*, p. 11.

⁸ BOREL et POLITIS, *L'extension de l'arbitrage obligatoire de la CPJI*, Annuaire IDI, 1927 II p. 754 ; STOWELL, *International law*, p. 122.

⁹ Voir plus bas, pp. 99-102.

¹⁰ Cf. KISS, *L'abus de droit*, chapitre préliminaire intitulé « Les sources utilisées », pp. 15-18.

¹¹ RCPJI série A N° 7 p. 30 : affaire de certains intérêts allemands en Haute-Silésie ; RCPJI série A N° 46 p. 167 : affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex ; RCIJ 1953 pp. 22-23 : affaire Ambatielos ; dans ce dernier cas toutefois, la Cour avait en vue la notion particulière d'abus de procédure. L'expression « abus de droit » fut en outre utilisée par les juges suivants : Anzilotti, RCPJI série A/B N° 77 p. 98 ; Alvarez, RCIJ 1947-1948 pp. 69-71, 1949 pp. 47-48, 1950 pp. 14-15, 19-20, 1951 p. 150, 1952 p. 128, 1954 pp. 70-74 ; Azevedo, 1947-1948 pp. 79-80, 1950 pp. 348-349 ; Krylov, 1949 p. 75 ; Eßer, 1949 p. 129 ; Spiropoulos, 1952 p. 56 ; Klaestad, 1955 p. 31 ; Read, 1955 pp. 37-38, 42, 1956 pp. 149, 151 ; Badawi, 1956 pp. 131, 140.

¹² Cf. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, I p. 54 ; ANZILOTTI, *Cours de droit international*, I p. 77 ; A. FACHIRI, *International law and the property of aliens*, BYB 1929 pp. 34-35 ; *International law commission*, United Nations, General Assembly, Official reports, 5th session (1950), supplément N° 12 p. 8, lettre e ; KISS, *L'abus de droit*, p. 18.

¹³ KUNZ, *The nature of customary international law*, AJIL 1953 pp. 667-668.

¹⁴ S. Bastid, préface à l'ouvrage de KISS, *L'abus de droit*, p. 5.

¹⁵ *Rapport de la Commission internationale de juristes chargés par le Conseil de la SDN de donner un avis consultatif sur les aspects juridiques de la question des îles d'Åland*, Journal officiel de la SDN, supp. spéc. N° 3, octobre 1920, p. 5.

¹⁶ Un exemple typique est fourni par la définition de Spiropoulos : « Faire dégénérer une compétence discrétionnaire en un pouvoir arbitraire revient à commettre ce qu'on appelle aujourd'hui, dans toutes les langues juridiques, un abus de droit ou, comme nous disons en droit français, un détournement de pouvoir » (*L'abus du droit de vote*, Revue hellénique, 1948 I p. 6).

¹⁷ SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, ZVR 1933 p. 381.

¹⁸ Kiss, *L'abus de droit*, p. 182.

¹⁹ G. SCHELLE, *Précis de droit des gens*, II pp. 38 ss ; *Manuel de droit international public*, pp. 113 ss, spéc. pp. 121-122.

²⁰ En particulier le § 15 du Pacte de la SDN et l'art. 2 ch. 7 de la Charte des Nations Unies.

²¹ RCIJ 1949 pp. 18 et 22 (affaire du détroit de Corfou) ; S. Bastid, préface à l'ouvrage de Kiss, *L'abus de droit*, p. 5.

²² WOLFF, *Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux*, RCADI 1931 pp. 518-519 ; DUPUIS, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1930 II pp. 92-94 ; SALVIOLI, *Règles générales de la paix*, RCADI 1933 IV p. 68 ; Observations de LeFur et Dupuis au rapport de Borel et Politis, Annuaire IDI 1927 II pp. 786-788 et 811.

²³ Voir plus haut, pp. 37-39.

²⁴ Kiss, *L'abus de droit*, pp. 182-183.

²⁵ Le même raisonnement s'applique également *mutatis mutandis* aux abus dits de souveraineté.

²⁶ G. VAN DER MOLEN, *Misbruik van recht in het volkenrecht*, p. 295 : « Il paraît que la distinction entre abus des droits subjectifs et abus des compétences a de l'importance en droit international seulement dans la mesure où, en certaines circonstances et par exception, aussi des individus peuvent être sujets du droit international. Autrement, comme il s'agit ici des Etats, l'abus de droit, le détournement de pouvoir ou excès de pouvoir coïncident. » (Trad. par Kiss, *L'abus de droit*, p. 183 note 6.)

Cette opinion s'inspire nettement des principes de coordination et de subordination. En cas de coordination, les phénomènes coïncident ; en cas de subordination, la distinction est justifiable. G. van der Molen limite cependant la subordination aux différends où des individus s'opposent aux Etats ; à notre avis, aucune raison n'interdit son application lorsque des Etats sont en litige avec des autorités internationales, car ils traitent alors sur pied d'inégalité. Cf. SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, p. 136.

²⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 2 (parenthèses de l'auteur). Dabin critique par ailleurs la valeur de cette terminologie, mais se voit contraint de l'accepter par le simple fait qu'elle est unanimement reconnue.

²⁸ Voir plus haut, p. 41.

²⁹ Par exemple F. CASTBERG, *L'excès de pouvoir dans la justice internationale*, RCADI 1931 I pp. 353-472 ; F. WENGLER, *Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux*, Annuaire IDI 1952 I p. 224, 1954 I p. 265 ; G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, Comunicazioni e studi, 1953 pp. 224-229, avec abondante bibliographie sur l'excès de pouvoir, p. 225 ; M. BEDJAOUI, *Jurisprudence comparée des tribunaux administratifs internationaux en matière d'excès de pouvoir*, Annuaire français 1956 p. 482.

³⁰ J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 2 ; L. JOSSEAND, *Cours de droit positif français*, I p. 84 ; G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, pp. 253-254 ; J. DABIN, *Théorie*

générale du droit, pp. 4-7 et 83 ; J. ESSER, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, pp. 145-164.

³¹ Salmond on jurisprudence, p. 261.

³² W. N. HOHFELD, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*, pp. 35 ss ; Salmond on jurisprudence, pp. 259-278 ; STONE, *The province and function of law*, chap. V intitulé : Hohfeld's fundamental legal conceptions, pp. 115 ss.

³³ Voir plus bas, pp. 67-76.

³⁴ C. PARRY, *Plural nationality and citizenship with special reference to the Commonwealth*, BYB 1953 p. 254.

³⁵ Voir plus haut, pp. 37-39.

³⁶ Rapport de Borel et Politis et observations de Dupuis, Annuaire IDI 1927 II pp. 751 et 811 ; DUPUIS, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1930 II p. 93 ; ROTONDI, *L'abuso di diritto*, pp. 105 ss ; SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 76 ; SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, p. 374 ; KISS, *L'abus de droit*, pp. 13, 136, 140 ; SANTOROPASSARELLI, *Dottrine generali*, p. 60 ; C. PARRY, *Plural nationality*, BYB 1953 pp. 254-255.

³⁷ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I pp. 105-108.

³⁸ Arbitrage de A. Desjardin entre la Grande-Bretagne et la Belgique, reporté dans RGDIP 1899 p. 46.

³⁹ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 103.

⁴⁰ GRIVAS, *Commentaires sur l'affaire Ben Tillet*, RGDIP 1899 p. 52.

⁴¹ *Ibid.*, p. 53.

⁴² Annuaire IDI 1892-1894 pp. 218 ss, art. 17 p. 222.

⁴³ SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 98-100 ; Ch. DE BOECK, *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, RCADI 1927 III p. 638.

⁴⁴ LAUTERPACHT, *The function of law*, p. 289 ; Ch. DE BOECK, *L'expulsion*, RCADI 1927 III spéc. pp. 627-638 ; E. M. BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad*, pp. 48-62, avec importante bibliographie jurisprudentielle, essentiellement américaine ; KISS, *L'abus de droit*, pp. 142-145. Kiss présente d'ailleurs un examen remarquable de l'expulsion sous l'angle de l'abus de droit, pp. 127-145.

⁴⁵ KOPELMANAS, *Quelques réflexions au sujet de l'article 38, chiffre 3, du statut de la CPJI*, RGDIP 1936 pp. 289 et 289 note 12.

⁴⁶ Ch. DE BOECK, *L'expulsion*, RCADI 1927 III p. 638. Selon Scerni, l'expulsion arbitraire est interdite en vertu d'une norme coutumière, de sorte que la théorie de l'abus ne saurait s'y appliquer (*L'abuso di diritto*, pp. 98-100). A noter également l'intéressante remarque de Kiss, pourtant favorable à la théorie de l'abus : « De notre avis, Politis et la plupart des monographistes sous son influence, ont rendu un mauvais service à la cause qu'ils ont entendu plaider en forçant l'interprétation de l'affaire Ben Tillet : c'est le point le plus faible de leur argumentation et les critiques contre la théorie de l'abus n'ont pas manqué de l'exploiter » (*L'abus de droit*, p. 145).

⁴⁷ RCIJ 1949 p. 75.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 73-75.

⁴⁹ C. DUPASQUIER, *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse*, p. 216.

⁵⁰ OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 345 (trad.).

⁵¹ CIJ Mémoires, Affaire Nottebohm, II p. 92, plaidoirie du 14 février 1955.

⁵² *Ibid.*, p. 349, réplique du 3 mars 1955.

⁵³ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I pp. 86-87.

⁵⁴ CIJ Mémoires, Affaire Nottebohm, II p. 185, plaidoirie du 19 février 1955.

GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, I pp. 315 et 317, auquel se réfère le professeur Rolin.

⁵⁵ CIJ Mémoires, Affaire Nottebohm, I p. 511.

⁵⁶ RCIJ 1955 p. 26.

⁵⁷ Cf. opinions dissidentes des juges Klaestad, Read et Guggenheim, RCIJ 1955 resp. pp. 28, 34 et 50. En particulier, critique des effets, pp. 60-61 ch. 12. Parmi la doctrine : J. M. JONES, *The Nottebohm case*, The international and comparative law quarterly 1956 p. 230 ; A. N. MAKAROV, *Das Urteil des Internationalen Gerichtshofes im Falle Nottebohm*, ZaöR 1956 p. 407 ; J. B. VESFELT, *Le cas Nottebohm*, Revue de droit international, de science diplomatique et politique, 1957 p. 32 ; M. GRAWITZ, *Jurisprudence internationale*, Annuaire français 1955 p. 271.

⁵⁸ A. N. MAKAROV, *Das Urteil des Internationalen Gerichtshofes im Falle Nottebohm*, ZaöR 1956 pp. 422-423.

⁵⁹ RCIJ 1955 p. 26, avant-dernier alinéa. Cf. opinion dissidente du juge Klaestad, p. 31.

⁶⁰ Opinion dissidente du juge Klaestad, RCIJ 1955 pp. 31-32.

⁶¹ RCIJ 1955 p. 31, ch. V. Il écarte d'ailleurs la théorie de l'abus de droit pour la raison qu'aucune preuve de dommage causé au Guatemala n'a été fournie.

⁶² Voir opinion dissidente du juge ad hoc Guggenheim, RCIJ 1955 pp. 58-59, ch. 10 et 11 ; J. M. JONES, *The Nottebohm case*, The international and comparative law quarterly, 1956 p. 238.

⁶³ OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 338 : « An international delinquency is any injury to another State committed by the Head or Government of a State in violation of an international legal duty » ; GUGGENHEIM, *Traité*, II p. 1 ; SIBERT, *Traité de droit international public*, I pp. 310 ss ; FEDOZZI, *Corso di diritto internazionale*, I p. 511.

⁶⁴ CHENG, *General principles of law*, p. 226 (trad.).

⁶⁵ RCPJI série A N° 5 pp. 40 et 51.

⁶⁶ RCIJ 1949 p. 35.

⁶⁷ Affaire des concessions Mavrommatis, RCPJI série A N° 5 p. 40.

⁶⁸ Pour Guggenheim, le préjudice ne peut être indépendant, mais doit être une conséquence de l'abus de droit, c'est-à-dire résulter de l'exercice d'un droit dans un but interdit (*La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, RCADI 1949 I p. 253) ; Dabin rejette le critère de l'abus fondé sur le dommage (*Le droit subjectif*, pp. 180-181) ; Kiss enfin, constate que l'interdiction de l'abus de droit est appliquée surtout dans les cas où s'est produit un dommage (*L'abus de droit*, p. 180).

⁶⁹ CIJ Mémoires, affaire Nottebohm, II p. 349.

⁷⁰ ANZILOTTI, *Cours de droit international*, I p. 493 ; cf. P. FEDOZZI, *Corso di diritto internazionale*, I p. 511 : « Perchè sorga la responsabilità non basta che vi sia una violazione di diritto internazionale, e anche indispensabile che questa violazione importi la lesione di un diritto subbiettivo spettante ad uno Stato. »

⁷¹ STOWELL, *International law*, p. 122.

⁷² GUGGENHEIM, *La validité*, RCADI 1949 I p. 252.

⁷³ Premier exposé de sa doctrine : *L'abus du droit* (Paris, 1905).

⁷⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité* — Théorie dite de l'abus des droits.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 341-353.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 348.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 354-362 ; cf. S. TRIFU, *La notion de l'abus de droit dans le droit international*, pp. 69 ss. Cet auteur accorde à ce critère une importance secondaire et propose de ne l'appliquer que si les autres s'avèrent insuffisants.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 354-355.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 362.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 362-368.

⁸¹ Notamment en France et en Suisse. Voir plus haut, pp. 17 et 21.

⁸² JOSSERAND, *op. cit.*, pp. 368-383.

⁸³ *Ibid.*, p. 369.

⁸⁴ JOSSERAND, *op. cit.*, p. 374.

⁸⁵ Cf. plus haut, p. 65, critère technique *in fine*.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 388. Il est maintenant plus facile de comprendre la manière dont Josserand résout l'apparent non-sens du concept d'abus de droit : l'esprit des droits, désigné par le terme « juricité », peut être détourné même lorsque l'exercice d'un droit est conforme à une prérogative déterminée. Voir plus haut, pp. 39-40 et 40 note 145.

⁸⁷ *Le droit subjectif*, p. 268 ; cf. théorie analogue dans G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, pp. 167-178.

⁸⁸ J. DABIN, *op. cit.*, pp. 285 ss.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 289-290.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 293-302.

⁹¹ *Ibid.*, p. 295.

⁹² *Ibid.*, p. 295.

⁹³ *Ibid.*, p. 298.

⁹⁴ La distinction entre légitimité morale et légitimité juridique permet également de résoudre l'apparent non-sens de l'abus de droit. Voir plus haut, pp. 39-40.

⁹⁵ M. SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 81-83 ; SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, ZVR 1933 p. 375 ; G. RIPERT, *Les règles du droit civil*, RCADI 1933 II p. 618.

⁹⁶ M. SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 81 ; cf. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 42.

⁹⁷ M. SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 81 (trad.).

⁹⁸ Par exemple, dans l'appréciation des notions de négligence, dol éventuel, lésions, etc. ; de même le rôle attribué par la Cour de La Haye aux intentions de Nottebohm lorsqu'il demanda sa naturalisation auprès des autorités du Liechtenstein.

⁹⁹ M. SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 82 ; SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, ZVR 1933 p. 375.

¹⁰⁰ Cf. Josserand, voir plus haut, p. 65.

¹⁰¹ GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 26.

¹⁰² Voir plus haut, pp. 26-27.

¹⁰³ MOORE, *International arbitrations*, I p. 755 ; cf. SCHWARZENBERGER, *International law*, I pp. 348-349.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 890 ; cf. B. CHENG, *General principles of law*, pp. 121-122.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 939.

¹⁰⁶ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 89.

¹⁰⁷ SALVIOLI, *Les règles générales de la paix*, RCADI 1933 IV p. 69 ; CHENG, *General principles of law*, p. 129.

¹⁰⁸ STOWELL, *International law*, p. 123.

¹⁰⁹ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 89 ; cf. RCIJ 1950 p. 14, opinion dissidente d'Alvarez : « L'intérêt général, l'intérêt de la société internationale doivent constituer des limites aux droits des Etats et permettre de déterminer quand il y a abus de ces droits. »

¹¹⁰ Cf. KISS, *L'abus de droit*, pp. 184-185.

¹¹¹ Arrêt du 18 juin 1927, Ann. Dig. 1927-1928, cas N° 86, p. 131 (trad.).

¹¹² 282 U. S. 660, reporté dans AJIL 1932 p. 163 ; cf. également BYB 1930 p. 195, 1932 p. 189 ; KISS, *L'abus de droit*, p. 27 ; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 475 note 2.

¹¹³ Cf. spéc. AJIL 1932 p. 171.

¹¹⁴ Rapport de Borel et Politis, Annuaire IDI 1927 II p. 754.

¹¹⁵ A. CAVAGLIERI, *Nuovi studi sull'intervento*, p. 47 (trad.). De son côté, Scerni admet le principe de la balance des intérêts, mais en liaison avec l'intention de nuire (*L'abuso di diritto*, p. 122).

¹¹⁶ KISS, *L'abus de droit*, p. 184.

¹¹⁷ LAUTERPACHT, *The function of law*, p. 298 (trad.) ; cf. KISS, *L'abus de droit*, p. 186.

¹¹⁸ Cf. B. CHENG, *General principles of law*, p. 131 note 28.

¹¹⁹ F. A. MANN, *Money in public international law*, BYB 1949 pp. 262-263.

¹²⁰ RCIJ 1955 p. 26; voir plus haut, pp. 60-61.

¹²¹ RSAONU II p. 921.

¹²² *Ibid.*, p. 941.

¹²³ *Ibid.*, p. 934: «... to frustrate the purposes of these provisions...»; cf. Kiss, *L'abus de droit*, pp. 174-175, pour qui cette sentence illustre la théorie de l'abus de droit.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 934 (trad.).

¹²⁵ *Ibid.*, p. 934 (trad.).

¹²⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif*, pp. 289-290; voir plus haut, pp. 66-67.

¹²⁷ Voir sur cette question l'analyse remarquable et détaillée de Kiss, *L'abus de droit*, pp. 145-155.

¹²⁸ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I pp. 103 et 106-107; voir plus haut, pp. 57-59.

¹²⁹ M. SIBERT, *L'affaire des téléphones de Colombie*, RGDIP 1931 pp. 669-693.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 690.

¹³¹ Voir plus haut, p. 58.

¹³² LEIBHOLZ, *Das Verbot der Willkür*, p. 88.

¹³³ RUNDSTEIN, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts und die Fragen der Staatsangehörigkeit*, ZVR 1931 p. 41 (trad.); cf. opinion dissidente du juge Alvarez dans l'affaire du détroit de Corfou, RCIJ 1949 p. 48.

¹³⁴ Pour Kiss (*L'abus de droit*, p. 187) l'acte est abusif : 1° lorsqu'il constitue une ingérence importante dans d'autres ordres juridiques internes; 2° lorsqu'il se détourne du but en vue duquel la compétence a été conférée; 3° lorsqu'il est injustifié et injustifiable. G. van der Molen admet quatre critères : 1° intention de nuire; 2° absence d'intérêt essentiel; 3° détournement de pouvoir; 4° disproportion entre le dommage causé et l'avantage retiré (*Misbruik van recht in het volkenrecht*, p. 270).

B. Cheng estime que l'abus de droit présente quatre aspects différents : 1° exercice malicieux d'un droit; 2° fraude à la loi, c'est-à-dire exercice d'un droit dans le but d'éluder une obligation; 3° exercice d'un droit de manière à violer une obligation interdépendante; 4° abus de pouvoir (abuse of discretion) [*General principles of law*, pp. 121-136].

¹³⁵ J. DABIN, *Le droit subjectif*, pp. 293 ss; cf. plus haut, pp. 66-67.

¹³⁶ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I pp. 77-78.

¹³⁷ LAUTERPACHT, *The function of law*, p. 299 (trad.). Dans le même sens : JOSSEAND, *De l'esprit des droits*, p. 237; J.-L. BRIERLY, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1936 IV pp. 169-170; FEDOZZI-ROMANO, *Trattato*, I p. 532; Kiss, *L'abus de droit*, pp. 10-11.

En revanche, opposition de VEDEL, fondée sur les théories évolutionnistes de Bergson, *L'idée de l'évolution, la société internationale et le droit des gens*, RGDIP 1939 p. 13.

¹³⁸ CAVAGLIERI, *Nuovi studi sull'intervento*, p. 46 (trad.).

¹³⁹ CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1929 I p. 543; du même auteur : *Corso di diritto internazionale*, p. 508; dans le même sens, SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, ZVR 1933 pp. 376-381.

¹⁴⁰ S. TRIFU, *La notion de l'abus de droit*, pp. 80 ss.

¹⁴¹ K. LOEWENSTEIN, *Sovereignty and international cooperation*, AJIL 1954 pp. 223-225.

¹⁴² Le professeur Bourquin soutient la thèse que le droit international se modifie qualitativement, mais il en voit la cause dans le fait que le droit international s'attache de plus en plus aux questions sociales et économiques (*Pouvoir scientifique et droit international*, RCADI 1947 I p. 361). Certes, toute expansion suppose la réglemen-

tation de nouveaux domaines, mais elle n'implique pas nécessairement une transformation de base.

¹⁴³ S. B. KRYLOV, *Les notions principales du droit des gens* (La doctrine soviétique du droit international), RCADI 1947 I pp. 451-452.

¹⁴⁴ CHENG, *International law in the United Nations*, YBWA 1954 p. 170.

¹⁴⁵ Cf. J. L. KUNZ, *The changing law of nations*, AJIL 1957 pp. 78-79; JESSUP, *A modern law of nations*, spéc. Chap. I, Introduction; G. VAN DER MOLEN, *Subjecten van volkenrecht*; cf. également l'attitude dépourvue d'illusions, mais peut-être plus perspicace d'H. A. SMITH, *The crisis in the law of nations*, pp. 101-102.

¹⁴⁶ A. ALVAREZ, *Le droit international de l'avenir*. Cette thèse fut reprise par le même auteur à différentes occasions : *La codification du droit international*, pp. 121 ss; *Les méthodes de la codification du droit international public*, Annuaire IDI 1947 pp. 38 ss.

¹⁴⁷ A. ALVAREZ, *Le droit international de l'avenir*, p. 135.

¹⁴⁸ RCIJ 1947 pp. 69-70; 1949 pp. 47-48; 1950 pp. 14-19; 1951 pp. 149-150; 1952 p. 128.

¹⁴⁹ Cette théorie est critiquée par SCHWARZENBERGER, *Trends in the practice of the World Court*, CLP 1951 pp. 6-7.

¹⁵⁰ RCIJ 1947 pp. 69-70.

¹⁵¹ *Ibid.*, 1950 p. 15.

¹⁵² Voir plus haut, pp. 77-78.

¹⁵³ KISS, *L'abus de droit*, p. 189.

¹⁵⁴ GUGGENHEIM, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, RCADI 1949 I p. 212.

¹⁵⁵ SCELLE, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1933 IV p. 369; E. SAUER, *Grundlehre des Völkerrechts*, p. 172.

¹⁵⁶ SIBERT, *Traité*, I p. 311; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 345.

¹⁵⁷ SPIROPOULOS, *L'abus du droit de vote*, Revue hellénique 1948 I pp. 11-12.

¹⁵⁸ JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, pp. 405 ss; Alvarez, dans l'affaire du détroit de Corfou, RCIJ 1949 p. 47; Azevedo, dans l'affaire du droit d'asile, RCIJ 1950 p. 349.

¹⁵⁹ CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1929 I p. 545.

¹⁶⁰ GUGGENHEIM, *La validité*, RCADI 1949 I p. 254.

¹⁶¹ S. RUSTOM, *Les conditions d'admission aux privilèges et immunités diplomatiques*, pp. 97-105. Exposé détaillé dans Annuaire suisse, 1950 pp. 146-157.

¹⁶² GUGGENHEIM, *La validité*, RCADI 1949 I pp. 251-252.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 253 note 1.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 254.

¹⁶⁵ Voir plus haut, pp. 59-64.

¹⁶⁶ GUGGENHEIM, *La validité*, RCADI 1949 I pp. 255-258.

¹⁶⁷ RCPJI série A N° 9 p. 21.

¹⁶⁸ C. T. EUSTATHIADÈS, *Les sujets du droit international et la responsabilité internationale, nouvelles tendances*, RCADI 1953 III p. 432.

¹⁶⁹ C. EAGLETON, *International organizations and the law of responsibility*, RCADI 1950 I pp. 422-423; F. V. GARCIA-AMADOR, *International responsibility* (United Nations, International law commission, A/CN. 4/96 (1956), pp. 24-30).

¹⁷⁰ Dans les discussions qui suivirent le rapport de Garcia-Amador, plusieurs membres de la Commission de droit international s'opposèrent à la notion de responsabilité pénale (Yearbook of the International law commission, 1956 pp. 239-241).

¹⁷¹ LA PRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, II pp. 637-667.

¹⁷² *Ibid.*, I pp. 512-544; cf. B. CHENG, *General principles of law*, pp. 137-139.

¹⁷³ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 100.

¹⁷⁴ Voir plus haut, p. 83 note 159.

TROISIÈME PARTIE

L'ATTITUDE DU DROIT INTERNATIONAL A L'ÉGARD DE LA THÉORIE DE L'ABUS DE DROIT

Au cours des pages précédentes, nous nous sommes efforcé d'envisager, sous un angle strictement théorique, les problèmes posés par la notion d'abus de droit. Nous avons ainsi tenté d'exposer comment se présenterait la théorie de l'abus de droit si elle s'introduisait un jour en droit international.

Cependant, nous avons affirmé à diverses reprises que l'abus de droit ne constitue pas, à l'heure actuelle, une norme du droit des gens. Contrairement à la doctrine, la jurisprudence évite de s'y arrêter et malgré les possibilités théoriques de l'adapter aux rapports internationaux, l'examen de la pratique n'en fournit aucune illustration.

Il s'agit maintenant d'examiner les raisons pour lesquelles l'abus de droit ne s'est pas introduit en droit international. En réalité, il est impossible de découvrir une raison unique, valable d'une manière générale, sans aucune exception et capable d'expliquer pourquoi cette introduction ne s'est pas produite.

L'on peut toutefois relever divers arguments contre l'adoption du principe de l'abus de droit en droit des gens. Le premier d'entre eux concerne les sources du droit international et l'impossibilité de classer l'abus de droit dans l'une des catégories de sources énumérées à l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice.

D'autre part, nous avons vu que l'abus de droit possède, en droit interne, un caractère subsidiaire, lequel ne saurait changer en droit international¹. Il n'intervient que lorsque les autres moyens prévus par l'ordre juridique ne permettent pas d'atteindre les résultats désirés. En d'autres termes, tant que les procédés habituels suffisent à atteindre les buts recherchés, aucun besoin ne justifie l'admission de l'abus de droit.

Ces moyens existent-ils en droit international? A notre avis, il faut répondre à cette question par l'affirmative. En effet, deux premiers moyens résultent de certaines caractéristiques des règles d'origine coutumière, notamment de leur naissance et de leur contenu souvent vague et imprécis.

Dans d'autres cas, l'on peut constater l'existence d'un conflit de souveraineté entre les Etats parties au différend, alors que de nombreux auteurs s'imaginent découvrir une application de la théorie de l'abus de droit. Enfin, divers principes généraux dont l'existence n'est aujourd'hui plus contestée en droit international, permettent souvent de condamner les actes prétendument abusifs et d'éviter par la même occasion, de recourir à la règle de l'abus de droit.

Ces moyens, il est vrai, n'interviennent pas simultanément, mais limitent chacun une partie de la sphère d'application possible de l'abus de droit au point de rendre inutile la création de cette nouvelle règle. Si, dans un cas pratique, l'un d'entre eux ne s'applique pas, un autre pourra certainement s'utiliser de sorte qu'il sera en définitive superflu de recourir à la notion d'abus de droit.

Aussi nous proposons-nous d'examiner dans cette dernière partie les arguments qu'il convient d'opposer à l'introduction de l'abus de droit en droit international en étudiant à cet effet les différents moyens susceptibles de suppléer à l'absence de ce principe.

CHAPITRE PREMIER

L'ABUS DE DROIT ET LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

A vrai dire, ce premier chapitre conserve des relations étroites avec la seconde partie de notre étude. En effet, le problème des rapports entre la notion d'abus de droit et les sources du droit des gens peut aisément se concevoir dans le cadre de la construction théorique de l'abus de droit en droit international. Selon l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice, l'ordre juridique international admet trois sources différentes : droit conventionnel, droit coutumier et principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, auxquelles certains auteurs ajoutent les principes fondamentaux du droit international. Il pouvait donc paraître justifié d'examiner dans la partie précédente par quelle source la règle de l'abus de droit serait adoptée si elle s'introduisait en droit international.

Cependant, nous nous sommes résolu à étudier cette question dans le cadre de la dernière partie, car malgré son aspect théorique, elle ne tardera pas à souligner l'hostilité du droit international envers la théorie de l'abus de droit. En effet, seul le fait d'être adoptée par l'une des catégories de sources rappelées à l'article 38 du statut de la Cour permettrait à l'abus de droit d'avoir une place au sein du droit international.

En vertu d'un plan tout naturellement tracé par l'article 38 du statut de la Cour, nous envisagerons donc successivement le droit conventionnel, la coutume, les principes généraux et, enfin, les principes fondamentaux du droit international.

1. Droit conventionnel Si une convention multilatérale, signée et ratifiée par un nombre élevé d'Etats prévoyait expressément l'interdiction générale de l'abus de droit, le problème serait aisément résolu : sa reconnaissance à titre de norme juridique ne pourrait plus être mise en doute.

Une innovation intéressante fut récemment réalisée dans un domaine à vrai dire assez limité du droit international administratif, lors de la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). Sous l'influence des principes du droit administratif français, l'article 33, alinéa 1, du traité du 18 avril 1951 instituant la CECA, prévoit les quatre ouvertures classiques du recours en annulation pour excès de pouvoir dirigé contre les décisions ou recommandations de la Haute Autorité : incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application, et détournement de pouvoir², équivalent, en droit administratif, de la notion d'abus de droit³.

Cependant, malgré l'importance théorique de l'introduction de ce dernier concept dans un domaine nouveau, les conséquences pratiques s'avèrent négligeables. En effet, le détournement de pouvoir, création typique du droit français, nécessite une certaine adaptation en droit international ; une introduction trop brusque et une interprétation extensive risqueraient de conduire à une relative instabilité⁴, ce qui explique en partie la méfiance de la Cour de Justice à son égard.

Une seconde et importante raison de cette méfiance dépend de la position même de la Cour de Justice à l'intérieur de la CECA. Chargée d'examiner sous l'angle juridique les décisions prises par la Haute Autorité pour des raisons économiques, elle doit éviter d'usurper peu à peu les pouvoirs de celle-ci et de s'y substituer. Afin d'assurer cette séparation des pouvoirs, le traité interdit expressément à la Cour d'examiner « l'appréciation de la situation découlant des faits ou circonstances économiques au vu de laquelle sont intervenues lesdites décisions ou recommandations⁵ ». Cependant, selon l'article 33 du traité, cette limitation ne s'applique pas en cas de violation flagrante du traité ni, ce qui nous intéresse ici, lorsque la Haute Autorité commet un détournement de pouvoir. Autrement dit, en présence d'un détournement de pouvoir, la Cour apprécie en toute liberté la situation économique et remplace en quelque sorte la Haute Autorité elle-même.

Par conséquent, le détournement de pouvoir présentait pour les

requérants, en plus de sa nouveauté et de son élasticité, l'avantage de conférer à la Cour un contrôle étendu et, en fait, ce moyen fut fréquemment invoqué⁶. La Cour entrevit immédiatement le danger et refusa de s'engager sur cette voie périlleuse. Dans son premier arrêt déjà⁷, elle évita de s'immiscer dans le domaine des pouvoirs réservés à la Haute Autorité, sans pour autant négliger l'examen des faits nécessaires à une juste compréhension du cas. Pourtant, les arguments avancés par la Haute Autorité elle-même pouvaient l'engager à étendre ainsi son contrôle, mais la méfiance l'emporta et « devant cette tendance très nette des requérants à se prévaloir quasi automatiquement du détournement de pouvoir, le juge réagit par un effort pour réintroduire dans la notion de violation de la loi, comme en étant partie intégrante, un certain nombre d'éléments purement circonstanciels⁸ ».

Quels que soient ses effets pratiques, l'article 33 du traité marque un important progrès théorique : le détournement de pouvoir est introduit à titre d'interdiction générale par le canal du traité lui-même. Certes, les difficultés sont loin d'être aplanies et une période d'adaptation est indispensable, raison pour laquelle les juges de Luxembourg évitent de faire preuve d'un enthousiasme dangereux.

Sur le plan général, en revanche, l'interdiction de l'abus de droit ne fut à notre connaissance jamais incorporée dans un traité ou dans une convention. Soulevé lors des travaux préparatoires de la session de Lausanne de l'Institut de droit international⁹, le problème de l'abus de droit fut purement et simplement abandonné par la suite.

Cependant, deux arguments pourraient apparemment induire les partisans de l'abus de droit à imaginer que leur théorie eut parfois une influence sur le droit conventionnel :

1^o Le premier se fonde sur le fait que certains traités destinés à régler des matières limitées et bien déterminées, contiennent une allusion plus ou moins directe à la théorie de l'abus. Cette situation existe en particulier dans les traités signés entre les USA et divers Etats étrangers, sur l'interdiction d'importation de boissons alcooliques aux USA, généralement connus sous le nom de « Liquor Treaties¹⁰ ». En vertu de ces accords, les USA obtiennent un droit de visite et même, selon les circonstances, de saisie, sur tout vaisseau arborant pavillon d'un Etat cosignataire, soupçonné de se livrer à la contrebande de boissons alcooliques. Cependant, les traités en question réservent un droit de plainte et instituent une commission d'arbitrage au cas où les Etats-Unis exerceraient ces droits de manière abusive, injustifiée ou irraisonnable¹¹.

Les partisans de la théorie de l'abus auront tôt fait de crier victoire : plus besoin d'interpréter une jurisprudence souvent douteuse, car des traités eux-mêmes apportent leur appui. A notre avis pourtant, une telle

déduction serait erronée, car le principe de l'interdiction générale de l'abus de droit n'y est même pas effleuré.

En effet, nous retrouvons, transposées sur le plan international, certaines situations si justement relevées par le professeur Dabin¹² où la loi mentionne expressément le terme « abus ». Peu importe, disait-il à l'égard de l'article 618 CCF, le terme employé : « Les dégradations ou le défaut d'entretien condamnés comme «abus» de jouissance sont constitutifs, non d'abus du droit de l'usufruitier, mais d'actes formellement illégaux, par dépassement des limites du droit de l'usufruitier¹³. » Cette remarque s'applique *mutatis mutandis* aux « Liquor Treaties » : ces traités prévoient certaines normes spécifiques en vertu desquelles les Etats-Unis engagent leur responsabilité s'ils effectuent une visite ou une saisie arbitraire, irraisonnable, abusive. Autrement dit, une limite s'élève au droit de visite et de saisie, en dehors de laquelle le droit n'existe plus. Si les plaignants fournissent la preuve d'un abus, par ailleurs relativement difficile à apporter, les USA ne pourront pas se défendre en prétendant qu'ils agissaient conformément à leur droit. Tout au plus s'efforceront-ils de contester la preuve avancée, mais ils ne sauraient se retrancher derrière une simple apparence légale. Un acte arbitraire de la part des USA constituera en réalité une violation du traité, par conséquent un dépassement du droit conféré, mais non un abus au sens technique du terme.

Nous sommes donc contraint de reconnaître que les « Liquor Treaties » ne peuvent être invoqués en faveur de la théorie de l'abus de droit, à moins de prétendre, plutôt à la légère, que dès qu'un texte juridique quelconque contient le mot abus, il vise le concept technique d'abus de droit.

2° Le second argument invoqué à l'appui de l'idée que la théorie de l'abus de droit a été incorporée dans les règles conventionnelles se fonde sur la conclusion de certains traités destinés à mettre fin à des situations dites abusives. Ainsi, par exemple, dans l'affaire déjà citée de la « Donauversinkung », le Tribunal d'Empire allemand avoue que les questions soulevées « sont si compliquées, les aspects scientifiques et techniques si controversés et les intérêts des Etats en cause si interdépendants, que seule une solution par accord permettra de mettre un terme au différend¹⁴ ».

Les partisans de l'abus de droit pourraient dès lors prétendre que l'accord conclu selon les directives de l'arrêt du Tribunal introduit l'interdiction de l'abus de droit dans les règles conventionnelles, puisque l'arrêt lui-même s'en inspire. Mais une telle argumentation serait fautive. En effet, il est nécessaire de prouver préalablement que la décision du Tribunal d'Empire allemand constitue une application pratique de la théorie de l'abus de droit, fait nullement démontré et auquel nous reviendrons plus loin. Et pourtant, même en présence d'une démonstration convaincante, l'accord ne saurait concerner la théorie de l'abus. Les nouvelles règles

ainsi créées se rapprocheraient de celles contenues dans les « Liquor Treaties » : elles entoureraient l'exercice de certains droits d'une série de limites spécifiques en dehors desquelles le droit n'existerait plus.

L'interdiction générale de l'abus de droit ne pénétrera dans le droit conventionnel que le jour où un traité ou une convention la mentionnera en tant que telle. Pour l'instant, cette règle se rencontre uniquement dans le cadre de la CEEA, du Marché commun et de l'Euratom, limitée aux détournements de pouvoir commis par une autorité de ces institutions. Sa sphère d'application est donc particulièrement restreinte. Cette exception mise à part, il est impossible à l'heure actuelle, d'admettre que l'interdiction générale de l'abus de droit constitue une règle conventionnelle.

2. Droit coutumier Faut-il, à défaut d'en trouver l'expression dans un traité ou une convention, considérer l'interdiction générale de l'abus de droit comme une règle coutumière ? Rarement soutenue, cette hypothèse se rencontre néanmoins chez Stowell, apparemment du moins, pour qui ne point abuser de son droit et de sa souveraineté constitue un devoir fondamental reconnu comme règle de droit international¹⁵. Affirmer cependant que cet auteur admet l'abus de droit parmi les normes de droit coutumier serait quelque peu hâtif ; pour lui, en effet, cette interdiction trouve sa source dans la notion même des droits et de leur relativité, de telle sorte qu'elle constitue la base de tout système juridique. Cette circonstance lui confère par conséquent le caractère d'un principe fondamental plutôt que celui d'une règle coutumière.

La question précise des rapports entre l'abus de droit et la coutume fut soulevée récemment par le professeur Schwarzenberger : assimiler l'abus aux principes de justice et d'équité, dit-il, et l'incorporer par conséquent au droit coutumier, est une « proposition présomptueuse¹⁶ ». Après avoir constaté le rôle souvent limité de la bonne foi et les dangers d'une analyse sociologique, cet auteur non seulement hésite à effectuer une généralisation hâtive, mais bien au contraire refuse de suivre la thèse défendue par Politis.

A notre avis, la démarche la plus sûre consiste à esquisser brièvement les caractéristiques fondamentales de la coutume et à examiner ensuite si la théorie de l'abus de droit s'y conforme.

Malgré de nombreuses hésitations et incertitudes parmi la doctrine internationale¹⁷, la majorité des auteurs, appuyée d'ailleurs par la Cour internationale de Justice, insiste sur deux éléments essentiels : pratique constante et uniforme, et *opinio juris sive necessitatis*.

a) Pratique constante et uniforme. Ce premier élément ne nécessite aucun commentaire particulier, car la doctrine unanime estime qu'une règle coutumière naît de la répétition constante et uniforme d'usages ou pratiques suivis par les Etats, condition également exigée à plusieurs

reprises par la Cour internationale de Justice¹⁸. Certes, cette affirmation ne résout pas toutes les difficultés, en particulier celles relatives à la généralité de l'usage et à sa durée d'application¹⁹, mais en aucun cas un acte isolé ou une pratique controversée ne saurait se transformer en règle coutumière.

b) *Opinio juris*. L'élément psychologique, le sentiment de force obligatoire de la règle, est en revanche plus contesté; la Cour de La Haye elle-même, à l'exception de l'affaire du Lotus²⁰ et de quelques opinions individuelles ou dissidentes²¹, n'y fit jamais allusion. Certains voient en l'*opinio juris* un élément inutile²²; d'autres s'y opposent pour des raisons strictement théoriques²³. La majorité des auteurs persiste cependant à en exiger la présence, afin de différencier les règles coutumières de celles de la courtoisie internationale et des usages dépourvus de caractère juridique²⁴. Aussi nous proposons-nous, afin d'éviter le danger de perdre de vue l'abus de droit, de nous rallier à l'opinion majoritaire, d'autant plus que les adversaires eux-mêmes se voient contraints de formuler d'autres critères, de manière à remplacer celui qu'ils repoussent²⁵.

Pour devenir une règle coutumière, l'interdiction de l'abus de droit doit donc se conformer aux deux éléments précités: *consuetudo* et *opinio juris*.

1° *Consuetudo*. Selon certains auteurs, la théorie de l'abus de droit naquit à une époque fort ancienne de l'histoire juridique²⁶ et son application se généralisa à la fois dans le temps et dans l'espace. L'ouvrage de Kiss, par exemple, promène le lecteur à travers de nombreux domaines et remonte même à une occasion au temps des Romains²⁷. Par conséquent, il paraît difficile de contester, à première vue du moins, que la théorie de l'abus de droit se traduit par une pratique constante et uniforme et qu'elle ne se limite pas à quelques chapitres seulement des rapports internationaux.

Cependant, nous avons déjà, à plusieurs reprises, et en particulier à l'issue de la partie de droit comparé, relevé le danger d'une définition imprécise de la notion d'abus de droit²⁸. Confondre le sens commun du terme abus et le sens technique de l'abus de droit, négliger les conséquences et l'importance de la notion d'illégalité, conduit à qualifier d'abus de droit un nombre élevé d'actions qui n'entretiennent aucun rapport avec ce principe. Sous cet angle, l'interdiction de l'abus résulterait incontestablement de la notion même du droit, s'incorporerait aux principes de justice et d'équité et constituerait, ainsi que l'avait admis Stowell, la règle la plus importante du droit international, appliquée dès la naissance de ce dernier.

A notre avis, une telle affirmation est pourtant fort discutable, car elle se fonde sur une définition imprécise de l'abus de droit. Une analyse plus serrée des éléments constitutifs de l'abus conduit à une restriction immédiate de son champ d'application. Jusqu'ici, aucun des précédents examinés

n'a fourni une illustration manifeste, malgré l'interprétation qu'une partie de la doctrine s'ingénie à en tirer. Bien plus, la jurisprudence internationale ne présente, selon nous, aucun exemple où soit invoquée la théorie de l'abus de droit au sens technique du terme et les cas relevés par la doctrine tombent généralement sous le coup d'autres principes ou cachent en réalité la violation d'une norme spécifique.

Par conséquent il est faux de penser que l'abus de droit a donné lieu, au cours des âges, à une pratique constante, uniforme et générale, pour la raison très simple qu'il n'y a eu aucune pratique du tout.

2° *Opinio juris*. De longues dissertations s'avèrent ici inutiles, car la conclusion acceptée au chiffre précédent implique nécessairement une attitude identique envers le second élément. Comment prétendre en effet que la règle interdisant l'abus de droit possède force obligatoire, alors qu'elle ne remplit pas la première condition des normes coutumières? Défendre cette thèse reviendrait à affirmer la force obligatoire d'une notion jamais utilisée. En réalité, la théorie de l'abus n'ayant jamais donné lieu à aucune pratique internationale, ni constante, ni uniforme, puisque jamais appliquée, ne saurait *a fortiori* inspirer aux sujets de droit un sentiment de force obligatoire.

En résumé, considérer l'interdiction générale de l'abus de droit comme règle de droit coutumier serait à la rigueur plausible dans le sens commun du terme abus. Cette conception cependant ne cadre pas avec la signification juridique du concept technique qu'est l'abus de droit. Envisagée sous cet angle, le seul acceptable, la théorie de l'abus de droit ne satisfait aucune des deux conditions nécessaires et par conséquent ne peut s'inscrire au nombre des normes coutumières²⁹.

De même que certains traités prévoient expressément l'interdiction d'abus dans des domaines limités et déterminés du droit international, quelques règles coutumières se sont peu à peu créées afin de restreindre la liberté d'action des Etats et interdisent d'abuser de certains droits spécifiques.

Le droit d'expulsion en constitue l'exemple le plus frappant : jadis discrétionnaire, le droit d'un Etat d'expulser les étrangers de son territoire est aujourd'hui limité par une règle d'origine coutumière, selon laquelle est interdit tout exercice arbitraire ou accompagné de rigueurs inutiles. En d'autres termes, une norme juridique spécifique condamne l'abus du droit d'expulsion³⁰. Faut-il y voir un cas d'application de la théorie de l'abus de droit?

A notre avis, les mêmes réserves formulées lors de l'examen des « Liquor Treaties » s'imposent ici sans modification aucune ; la règle juridique élève une limite spécifique au droit d'expulsion en dehors de laquelle ce dernier n'existe plus. Précédemment discrétionnaire, le droit doit dorénavant s'exercer conformément à cette nouvelle disposition et toute

expulsion effectuée contrairement à cette restriction constitue un acte illégal. L'auteur ne commet aucun abus de droit, mais agit en dépassement du droit par suite de la violation de la limite fixée.

3. Principes généraux de droit En vertu de l'article 38, chiffre 1, lettre *c*, du statut de la Cour internationale de Justice, les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » forment l'une des sources du droit international. Cette disposition, dont la signification et la portée sont encore controversées à l'heure actuelle³¹, eut dès son apparition une influence considérable sur la doctrine, bien qu'elle se borne en fait à consacrer une pratique déjà suivie auparavant par les tribunaux internationaux³². Sa genèse même, particulièrement mouvementée, permet de constater l'existence de deux tendances principales, dont les prolongements se manifestent encore aujourd'hui, quoique à travers certaines prises de positions personnelles et originales. Le premier groupe voit dans les principes généraux de droit un ensemble de règles et principes incarnant l'idée de justice et d'équité, inhérent à tout système juridique, permettant même à la rigueur d'infuser dans le droit positif certains préceptes de droit naturel³³. Selon le second groupe, en revanche, ces principes désignent uniquement certaines règles de droit interne, essentiellement de droit privé qui, lorsqu'elles sont généralement reconnues, peuvent s'appliquer par analogie aux rapports internationaux et n'impliquent aucun recours au droit naturel³⁴.

La Cour de La Haye, en revanche, ne s'embarrassa guère de ces distinctions d'ordre essentiellement théorique et relatives avant tout au domaine de la philosophie du droit. Elle invoque fréquemment la notion de principes généraux, mais se borne en général à constater l'existence, l'inexistence ou la violation d'un principe particulier, sans avancer aucune démonstration³⁵ sinon si évasive qu'il est impossible d'en tirer quoi que ce soit³⁶. Elle suit une voie strictement pragmatique et les juges disposent à ce propos d'une liberté d'appréciation considérable; en un mot, elle se fonde uniquement sur l'expérience des juges³⁷.

Aux yeux de la doctrine quasi unanime, l'interdiction de l'abus de droit constitue un principe général de droit au sens de l'article 38, chiffre 1, lettre *c*, du statut de la Cour. A ce propos il est intéressant de constater que, de leur côté, les adversaires de l'abus de droit estiment en général que si une telle règle existait en droit des gens, elle ne pourrait que constituer l'un des principes visés par l'article 38, chiffre 1, lettre *c*, du statut³⁸. A notre avis, cette manière de voir est la seule exacte; indépendamment de sa reconnaissance ou de sa non-reconnaissance en droit international, l'abus de droit serait un exemple excellent d'un principe général de droit reconnu par les nations civilisées. Créé, puis élaboré en droit français dès

le milieu du siècle passé, le concept d'abus de droit s'est peu à peu incorporé à différents systèmes juridiques internes. Il en forme aujourd'hui partie intégrante et y joue un rôle relativement déterminé. Or, depuis quelques années, les juristes internationaux commencent à s'y intéresser et la doctrine s'efforce de l'introduire en droit des gens par voie d'analogie, conformément à la méthode typique suivie dans le cas des principes généraux de droit.

Par conséquent, si la théorie de l'abus de droit était admise par l'ordre juridique international, elle revêtirait la forme d'un des principes généraux de droit. Cependant, il est présomptueux d'en affirmer purement et simplement la reconnaissance, car depuis le fameux cours de Politis, les avis contradictoires affluent sans pour autant éclaircir la situation. Afin de résoudre ce problème, il est nécessaire d'examiner le critère auquel doivent se conformer les principes généraux de droit et de l'appliquer ensuite à la théorie de l'abus. Une telle analyse soulève trois questions essentielles que nous allons nous efforcer d'élucider.

1^o Selon la doctrine dominante, une règle revêt le caractère de principe général de droit reconnu par les nations civilisées, lorsqu'elle se retrouve dans les différents systèmes juridiques internes. Evidemment, une étude exhaustive des ordres juridiques mondiaux n'est pas indispensable, mais il est nécessaire de s'attacher à ceux qui exercèrent au cours des âges une influence prépondérante sur l'évolution juridique, proviennent d'une origine différente ou présentent tout simplement à l'égard de la règle en question des solutions diamétralement opposées³⁹.

Concernant la théorie de l'abus de droit, notre première partie de droit comparé nous a permis de relever certaines divergences fondamentales entre les divers systèmes internes. Si la France, la Suisse, l'URSS et l'Allemagne l'ont en substance acceptée, les ordres juridiques anglais et italien lui refusent toute faveur, fidèles au principe de l'exercice illimité des droits dans le cadre de la législation. Ainsi, loin de rallier l'unanimité, l'abus de droit se heurte à une farouche opposition dans deux cas particuliers nullement négligeables.

Cet état de fait permet de diriger contre la théorie de l'abus une critique très importante, à laquelle d'ailleurs nous souscrivons sans hésitation : en raison de l'hostilité de certains systèmes internes à l'égard de l'interdiction de l'abus de droit, ce principe ne bénéficie pas d'une généralisation suffisamment étendue pour pouvoir être considéré comme un principe général de droit. « Il est fort douteux, estime Ago, qu'une telle prohibition revête la valeur d'un principe général du droit reconnu par les nations civilisées aux termes de l'article 38, N^o 3, du Statut de la Cour, étant donné que, toute autre considération à part sur la valeur de tels principes, il existe, et on l'a largement prouvé, plusieurs ordres juridiques étatiques qui ne connaissent pas la notion d'abus du droit⁴⁰. »

Par un ingénieux raisonnement, Sörensen estime que malgré l'absence de recherches comparatives dans la pratique de la Cour, un certain contrôle automatique s'est néanmoins établi. Lorsque la Cour, dit-il, prend en considération un principe général de droit, elle agit par l'intermédiaire des juges qui, grâce au mode d'élection, représentent les différents systèmes juridiques mondiaux. Lorsqu'un juge admet un principe, l'on peut par conséquent penser que dans l'ordre juridique qu'il représente, ce principe est en substance reconnu, car il serait étrange que quelqu'un admit en droit international une règle incompatible avec l'ordre juridique et l'idée du droit établis dans son propre pays ⁴¹.

Ce raisonnement n'apporte toutefois aucun secours à la théorie de l'abus. En effet, à part quelques exceptions où d'ailleurs seul le juge Alvarez témoigne d'une certaine constance ⁴², les juges de La Haye évitent l'expression « abus de droit ». Certes, la Cour s'y est référée à deux reprises, mais à titre subsidiaire, en passant, sans y accorder une attention particulière, de sorte qu'il serait faux d'y voir une preuve décisive ⁴³.

Sur ce premier point donc, la théorie de l'abus de droit se heurte à une solide opposition. Certains Etats, en refusant de l'admettre dans leur ordre juridique interne, lui interdisent l'entrée en droit international sous forme de principe général de droit.

2° L'étude des principes généraux de droit soulève une question délicate : pour constater l'existence d'un principe général de droit, est-il nécessaire de relever en droit comparé des règles ou principes absolument identiques jusque dans leurs moindres détails, ou peut-on se contenter d'analogies ? Si la première hypothèse était admise, il est fort probable que l'article 38, chiffre 1, lettre c, du statut de la Cour jouerait en droit international un rôle insignifiant, car il est quasi impossible de trouver dans les divers ordres juridiques internes examinés, des règles parfaitement semblables.

En réalité, l'analyse comparative doit permettre de découvrir non pas des normes strictement et en tout point superposables, mais des analogies substantielles, certaines ressemblances de base, sans s'attacher outre mesure aux particularités terminologiques ou purement formelles. « Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé, « en bloc, toutes faites et complètement équipées » d'un ensemble de règles. Il serait difficile de concilier pareille méthode avec l'application des « principes généraux de droit »... La juste conception de la mission des tribunaux internationaux, en cette occurrence, consiste à considérer, comme une indication de la ligne de conduite à suivre et des principes à appliquer, les caractéristiques et la terminologie qui rappellent les règles et les institutions de droit privé, plutôt que d'importer directement ces règles et institutions ⁴⁴. »

Concernant l'abus de droit, faut-il dès lors reprocher une attitude trop formaliste aux adversaires de cette théorie, lorsqu'ils lui déniaient le caractère de principe général en raison de l'hostilité de certains systèmes juridiques internes? L'on pourrait en effet admettre que l'opinion de ces auteurs se base sur le fait qu'il leur est impossible de découvrir en droit comparé une règle strictement uniforme interdisant l'abus de droit. Une telle critique n'est pourtant pas fondée. En effet, si la France et la Suisse, l'une par sa jurisprudence, l'autre avec l'appui de son Code civil, présentent une relative similitude, l'Allemagne atteint un résultat identique par une interprétation extensive des actes contraires aux mœurs. De son côté, le droit soviétique insiste, théoriquement du moins, sur l'aspect social des droits, conformément à la doctrine socialiste. Par conséquent, voir dans ces systèmes une manifestation de la théorie de l'abus de droit implique déjà un attachement à la substance de la règle sans accorder trop d'importance aux détails. Les droits anglais et italien en revanche, non seulement ne connaissent aucun concept plus ou moins voisin de l'abus, mais repoussent au contraire le principe même, sa substance, de sorte qu'une analyse aussi générale soit-elle, fondée sur une comparaison des systèmes internes, ne fournit aucun argument nouveau favorable à l'abus de droit.

3^o Outre l'analyse comparative, une autre méthode, parfois utilisée dans la recherche des principes généraux de droit, consiste à remonter au droit romain⁴⁵. Origine de la plupart des systèmes modernes, le droit romain joue en effet le rôle de commun dénominateur : lorsqu'un principe général s'y rencontre, il existe de fortes chances de le retrouver en substance dans la majorité des ordres juridiques subséquents.

Concernant l'abus de droit, le droit romain n'apporte malheureusement aucune lumière et soutient à la fois partisans et adversaires, car de nombreuses maximes défendent des théories contradictoires. Selon les unes, le droit romain revêt l'aspect d'un droit individualiste, accordant protection absolue aux droits de chacun dans toute leur étendue : *neminem laedit qui jure suo utitur, dura lex sed lex, feci sed jure feci* ; selon d'autres, il interdit d'exercer ses droits de manière antisociale, méchante ou dans le but de nuire à autrui et semble rejoindre ainsi certaines solutions modernes : *sic utere tuo ut alienum non laedas, summum jus summa injuria*.

Il est donc difficile de dégager un argument solide d'une situation aussi enchevêtrée⁴⁶. Bien plus, sur le plan international, certains différends identiques aboutirent à une solution opposée, selon qu'ils furent tranchés conformément à l'une ou l'autre de ces maximes. Ainsi, dans l'affaire de la fermeture du port de Portendick, la France fut condamnée à réparer les dommages causés, en vertu de la règle *sic utere tuo ut alienum non laedas*⁴⁷, tandis que dans l'affaire de la fermeture du port de Buenos Aires,

l'Argentine se vit libérée de toute réparation, grâce au principe *neminem laedit qui jure suo utitur*⁴⁸.

Il paraît donc difficile d'inclure l'abus de droit au nombre des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, pour la raison indiquée que ce concept ne jouit pas d'une popularité et d'une généralité suffisamment étendues parmi les ordres juridiques internes. Pourtant, la situation n'est pas aussi simple, car la doctrine internationale y attache une attention croissante dont les effets se marquent par les quelques allusions rencontrées dans certains arrêts de la Cour de La Haye. La question est dès lors embarrassante, car si la majorité des auteurs considère l'abus de droit comme l'un des principes généraux de droit, il ne satisfait pas le critère exigé.

Cet état de fait s'explique à notre avis par deux raisons en vertu desquelles l'abus de droit pourrait éventuellement s'introduire dans l'avenir sur le plan international par une voie détournée.

Tout d'abord, comme nous le constaterons plus loin⁴⁹, la limite qui sépare l'abus de droit d'une violation de la bonne foi est fréquemment ardue, parfois même impossible à définir exactement. Certaines formes d'abus, en particulier l'exercice d'un droit dans l'intention de nuire, impliquent nécessairement une mauvaise foi.

Or le principe de la bonne foi est universellement reconnu ; les tribunaux internes et internationaux l'invoquent à maintes reprises. Il n'est dès lors pas exclu qu'en raison de certaines similitudes, la théorie de l'abus s'introduise un jour en droit international, subrepticement, sous le couvert de la bonne foi. Telle fut d'ailleurs l'évolution relevée en droit français : les premiers précédents, l'affaire de la fausse cheminée de Colmar et celles des sources de Saint-Galmier concernaient sans l'ombre d'un doute des actes inspirés par une mauvaise foi manifeste. Par la suite, le concept de l'abus se développa de manière indépendante, se libérant peu à peu de l'influence du principe de la bonne foi. Le phénomène pourrait donc se répéter en droit international et, en fait, les deux arrêts où la Cour permanente de Justice internationale fit une allusion à la théorie de l'abus de droit citent côte à côte bonne foi et abus de droit⁵⁰.

Un second argument résulte de l'identité relative des résultats atteints dans les différents ordres juridiques internes. Malgré leur opposition fondamentale envers la théorie de l'abus de droit, les systèmes anglais et italien résolvent les cas pratiques d'une manière sensiblement comparable aux solutions prises en vertu du principe de l'abus de droit. La notion de *nuisance* anglaise, la précision plus minutieuse du droit italien remplacent avec satisfaction la norme non reconnue.

Il serait dès lors facile de s'imaginer que si les résultats pratiques correspondent dans les différents systèmes juridiques internes, rien ne

s'oppose à l'introduction de l'abus de droit sur le plan international. A notre avis pourtant, un tel argument agit en sens inverse et la question se pose plutôt de la manière suivante : si plusieurs ordres juridiques internes se passent aisément de la théorie de l'abus, pourquoi le droit international n'en ferait-il pas autant ? Par leurs solutions pratiques, les droits anglais et italien prouvent l'inutilité de l'abus de droit, à condition évidemment de proposer certains remèdes équivalents. Ceux-ci existent-ils en droit international, atténuant ainsi la raison d'être du principe de l'abus de droit ? Trop complexe pour y répondre rapidement, ce problème fera l'objet des chapitres suivants, au cours desquels nous nous efforcerons d'analyser en détail cette possibilité.

En résumé, si l'on envisage la situation sous un angle strictement théorique, la solution est relativement claire : si l'interdiction générale de l'abus de droit devait un jour s'introduire en droit international, elle serait certainement visée par l'article 38, chiffre 1, lettre c, du statut de la Cour, sous réserve évidemment d'éventuels traités ou conventions. En effet, ce principe constituerait l'un des exemples les plus évidents d'un principe général de droit reconnu par les nations civilisées, car il aurait préalablement été créé en droit interne, puis transposé en droit international.

Cependant, à l'heure actuelle, de solides arguments permettent de s'opposer à l'introduction de l'abus de droit dans les rapports internationaux, car ce principe ne bénéficie pas en droit interne d'une généralisation suffisamment étendue. Divers ordres juridiques, et non des moindres, persistent à le repousser, de sorte qu'en définitive, il est faux d'admettre l'abus de droit parmi les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

4. Principes fondamentaux du droit international

Les commentaires relatifs à l'article 38, chiffre 1, lettre c, du statut de la Cour internationale de Justice manquent parfois de clarté, car en plus des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, la doctrine, les tribunaux internationaux et la Cour de La Haye, reconnaissent l'existence de principes fondamentaux du droit des gens⁵¹. Sous le nom de « principes » ou « règles du droit des gens », « principes du droit international », « principes élémentaires du droit international⁵² », ils diffèrent des précédents en ce qu'ils sont, de par leur nature et leur contenu, inhérents au droit international et non pas puisés dans le droit interne. Ayant à tel point pénétré la vie et la pratique internationales, il n'est plus nécessaire d'en indiquer l'origine : leur sens « ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale⁵³.

Selon certains auteurs, cette nouvelle source juridique est en réalité inutile, car une interprétation extensive des principes généraux de droit permet d'inclure celle des principes fondamentaux ⁵⁴. Cette argumentation se justifie parfois, lorsque certaines règles, inhérentes à tout système de droit, se retrouvent à la fois sur le plan international et en droit interne. D'autres principes, en revanche, résultent de la structure même du droit des gens et ne sauraient par conséquent s'inscrire au nombre des principes généraux ; tel est par exemple le cas de la souveraineté. Il est donc nécessaire de les distinguer et c'est la raison pour laquelle fut créée cette catégorie originale ⁵⁵.

Une partie de la doctrine s'efforce de conférer à l'abus de droit le caractère de principe fondamental du droit des gens. Pour ces auteurs, l'interdiction d'abuser de son droit découle de l'idée même du droit et influence par conséquent tout système juridique, aussi bien interne qu'international ; elle forme l'arrière-plan du droit des gens et son absence en modifierait totalement l'actuelle apparence ⁵⁶. Déjà appliquée avant l'adoption de l'article 38, chiffre 3, de la Cour permanente, « l'interdiction de l'abus de droit est un principe du droit international, principe général dans le plein sens du mot, car il provient de la structure même de ce système juridique, et non d'une transposition forcée d'un ordre juridique dans un autre... Sa portée ne peut être que générale, il est superposé à toutes les règles spécifiques du droit international, qui confèrent les compétences aux Gouvernements étatiques en telle ou telle matière ⁵⁷. »

Personnellement, nous ne pouvons admettre cette conception selon laquelle l'abus de droit constitue un principe fondamental de tout système juridique et couronne par conséquent également le droit international, car elle résulte de la fameuse mésentente relative au sens du mot abus. Certes, le but de tout ordre juridique consiste à punir et prévenir les actes jugés asociaux ; si ces actes étaient qualifiés d'abus de droit, la thèse exposée revêtirait indubitablement une certaine vraisemblance.

Mais en réalité, la notion technique d'abus de droit, à laquelle personne ne songeait, même en droit interne, au milieu du siècle passé, possède une signification plus précise et limitée. N'ayant jamais été utilisée dans certains systèmes juridiques internes, ni en droit international, ce principe ne peut être considéré comme un principe fondamental, essentiel et sans la présence duquel la face entière de l'ordre juridique international serait bouleversée ⁵⁸. Telle est d'ailleurs la conclusion significative à laquelle aboutit Schwarzenberger : ayant examiné l'abus de droit dans un chapitre consacré à la bonne foi, c'est-à-dire dans le cadre des principes fondamentaux ⁵⁹, il en restreint à tel point les possibilités d'application pratique qu'il apparaît présomptueux, sinon erroné, de l'admettre réellement parmi les principes fondamentaux du droit des gens ⁶⁰.

CONCLUSIONS

Les controverses soulevées par l'abus de droit envisagé du point de vue des sources du droit des gens, traduisent exactement l'actuelle incertitude de la doctrine internationale. Les uns y voient une règle coutumière, d'autres la découvrent dans quelques traités, d'autres encore invoquent les principes fondamentaux, mais la majorité considère l'abus de droit comme l'un des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Né en France à une époque relativement récente, adopté par la suite par d'autres ordres juridiques internes, il constitue, du point de vue théorique, un exemple de transposition d'une règle de droit interne dans le domaine des rapports internationaux.

Cependant, cette position strictement théorique n'implique pas automatiquement l'admission de l'abus de droit en droit international actuel. Bien au contraire, l'abus de droit ne saurait être reconnu en droit international, car certains ordres juridiques internes se refusent absolument à l'admettre. Par conséquent, aucune des sources énumérées à l'article 38, chiffre 1, du statut de la Cour internationale de Justice ne vise l'interdiction générale de l'abus de droit, de sorte que l'on ne peut considérer cette interdiction comme une règle de droit des gens.

CHAPITRE II

NAISSANCE ET CONTENU DES RÈGLES COUTUMIÈRES

Ainsi que nous l'avons laissé entendre dans l'introduction à la troisième partie de notre étude, il est possible de relever divers arguments d'ordre pratique contre l'utilisation de la théorie de l'abus de droit en droit international. Les deux premiers ont trait à la naissance et au contenu de la majorité des règles coutumières. Ces deux objections feront l'objet du présent chapitre.

1. La naissance des règles coutumières Si l'existence de dispositions conventionnelles ou coutumières spécifiques, limitant de manière précise l'exercice d'un droit dans une direction déterminée, entraîne pour effet que la violation de ces limites constitue une illégalité et non un abus⁶¹, le problème n'est pas résolu pour autant. Il suffit en effet, pour le retrouver, de remonter le cours de l'histoire et de s'arrêter à l'époque où ladite règle n'existait pas encore.

Ainsi, par exemple, nous avons vu qu'en matière d'expulsion, l'affaire Ben Tillet n'est pas des plus convaincantes, car au moment où fut rendue

la sentence arbitrale, le droit international contenait déjà une disposition spécifique relative à l'interdiction des expulsions arbitraires, entourées de rigueurs inutiles ou exécutées de manière contraire à la dignité humaine ⁶². Toutefois, quelle était la situation, un demi-siècle auparavant, lorsqu'une telle expulsion fut condamnée pour la première fois, alors qu'aucun précédent ne permettait d'affirmer l'existence d'une norme juridique coutumière ?

Selon Politis, seule la théorie de l'abus fournit une réponse satisfaisante, car elle intervient lorsqu'aucune disposition ne vient limiter l'exercice d'un droit et permet de condamner l'auteur de l'acte dès lors abusif. Ainsi, la doctrine de l'abus de droit contribue à signaler l'existence de « règle(s) déjà née(s), mais pas encore aperçue(s) ⁶³ » qui, si elles donnent lieu par la suite à une pratique constante et uniforme, pénétreront dans le droit coutumier. A la fois ingénieuse et élégante, cette thèse séduisit certains juristes ⁶⁴, car elle permet d'expliquer juridiquement la naissance des règles coutumières : avant la naissance d'une coutume, les autorités judiciaires condamnent les exercices excessifs de droits en recourant implicitement à la théorie de l'abus, qui s'efface ensuite lorsque la règle a pénétré dans le droit international.

Tel serait donc, aux dires de Politis, l'un des rôles de l'abus de droit : découvrir les futures normes coutumières du droit des gens. Cependant, malgré son élégance cette explication possède un caractère quelque peu artificiel. Tout d'abord, elle présuppose évidemment que la notion d'abus de droit est reconnue par le droit international, ce qui n'est encore nullement prouvé. Ensuite, ainsi que le relève le professeur Scerni, Politis envisage ici l'un des stades de formation d'une norme juridique pas encore admise comme coutume, mais dont la nécessité est déjà ressentie par la conscience juridique de la collectivité.

En réalité, toute nouvelle règle d'origine coutumière se manifeste préalablement dans la pratique des Etats, à titre d'usage ou de convenance. Mais, à ce stade, elle ne possède encore aucun caractère juridique et ne s'applique que grâce au bon vouloir des sujets de droit. Les motifs d'une telle pratique ou usage résultent d'innombrables facteurs, tous extra-juridiques : courtoisie internationale, rapports de bon voisinage, raisons politiques, économiques, etc., mais ceux-ci ne donnent à cette pratique aucune force obligatoire. A la rigueur, un tribunal arbitral statuant selon l'équité avec le consentement des parties pourra, s'il l'estime justifié, invoquer un tel usage ⁶⁵. Son importance sera ainsi soulignée, car le précédent ne manquera pas d'être cité, mais la règle ne possédera un caractère juridique que lorsqu'on y trouvera les deux éléments traditionnels de la coutume : *longa consuetudo et opinio juris*.

Certes, l'explication traditionnelle de la naissance des règles coutumières ne manque pas d'obscurité. Il est extrêmement difficile, sinon

impossible de préciser le moment exact de l'apparition d'une nouvelle disposition. Mais la théorie de Politis n'apporte aucune solution satisfaisante ; pure construction académique, elle ne cadre pas avec la réalité, car à notre connaissance, aucun tribunal, même arbitral, n'a jusqu'ici invoqué la théorie de l'abus de droit. Aussi, plutôt que de recourir à une notion nouvelle dont l'existence est des plus contestées, est-il préférable de se contenter, comme le fait d'ailleurs le professeur Scerni, de l'explication traditionnelle malgré ses imperfections : « Le désir de la communauté internationale de réprimer l'exercice d'une faculté déterminée trouvera toujours le moyen de se manifester à travers le comportement des Etats et (qu')il sera alors possible d'affirmer l'existence d'une coutume internationale correspondante ⁶⁶. »

2. L'imprécision des règles coutumières

L'un des arguments décisifs dirigés contre l'introduction de la théorie de l'abus de droit en droit international public, résulte cependant d'une des caractéristiques essentielles du droit des gens : le caractère peu évolué, relativement primitif de cet ordre juridique, l'indétermination et l'imprécision d'une grande partie de ses règles et notamment des règles coutumières. Dans d'innombrables domaines, les Etats disposent d'une sphère de liberté vague, quoique générale, aux limites élastiques. Très souvent, les dispositions juridiques précises font défaut, remplacées par des normes ou principes fluides, traçant uniquement une ligne directrice.

Or, l'existence d'un droit précis, déterminé, constitue la condition primordiale nécessaire à l'utilisation de la théorie de l'abus de droit. Introduit en droit interne dans le but de corriger les effets inéquitables d'une application rigoriste et trop stricte de la loi, le principe de l'abus de droit doit normalement jouer le même rôle sur le plan international. Lorsque la liberté d'action ne rencontre aucune limite précise et n'obéit qu'à des règles très générales, il est préférable de s'attacher à délimiter les conditions dans lesquelles les droits peuvent s'exercer. La voie normale consiste donc à accroître les limitations élastiques déjà existantes, de manière à viser les actes jugés incompatibles avec les exigences de la société internationale. Lorsqu'un juge ou un arbitre se trouve, dans un cas pratique, en face d'une telle difficulté, il doit non pas appliquer un nouveau principe général, mais s'efforcer de développer et de compléter la réglementation existante. Autrement dit, en recourant aux procédés habituels d'interprétation, et notamment par voie d'analogie, il constate l'existence d'une gamme plus étendue d'illégalités. Au lieu d'invoquer à chaque instant la théorie de l'abus de droit, il s'agit donc de restreindre le droit lui-même. Il n'y aura plus abus, mais dépassement de droit en raison de la violation des nouvelles limites fixées.

Cette argumentation forme l'armature de la thèse du professeur Scerni : l'imprécision des règles du droit des gens est un obstacle fondamental à la théorie de l'abus de droit et en souligne l'inutilité. Lorsque la conscience internationale est manifestement choquée, il est toujours possible de parler de la formation d'une nouvelle coutume, abrogeant ou complétant la règle ancienne. L'exercice du droit formant l'objet du litige constitue dans ce cas un « acte qui, à ce moment précis du développement du droit international, ne doit plus être considéré comme conforme au droit en vigueur, mais contraire à ce dernier, c'est-à-dire illicite ⁶⁷ ». Certes, le professeur Scerni respecte et admire les motifs qui incitèrent les partisans de l'abus de droit à introduire leur théorie sur le plan international. Il préfère toutefois suggérer une voie plus sûre et plus profitable au droit des gens : les théoriciens et les praticiens, dit-il, doivent chercher à limiter le domaine de la liberté discrétionnaire des Etats en signalant de nouveaux droits et devoirs spécifiques. Ainsi, par le développement des règles existantes, par la création de nouvelles limitations, la notion d'illégalité et de violation du droit remplace avantageusement celle d'abus de droit ⁶⁸.

Kiss partage également cette manière de voir, mais ne l'applique qu'à certains domaines particuliers du droit international. A son avis, l'exemple type est constitué par le principe du « minimum standard », c'est-à-dire par le principe en vertu duquel les Etats sont tenus de garantir aux étrangers se trouvant sur leur territoire, un minimum de justice et d'équité. Cet ensemble de règles fluides et peu précises laisse au juge ou à l'arbitre une liberté d'appréciation considérable ; la théorie de l'abus de droit ne saurait y jouer un rôle important, car devant chaque cas pratique, il est toujours possible de découvrir une limitation spécifique, ou de déduire une règle précise d'un principe plus général. « Il suit de ce caractère d'équité des obligations internationales envers les étrangers que l'interdiction de l'abus de droit reste sur ce point assez problématique. La théorie de l'abus de droit a le but d'assouplir les règles juridiques trop strictes, il va donc de soi que les principes aussi souples que celui du standard international rendent inutile son application ⁶⁹. »

Cette opinion toutefois ne rallie pas l'unanimité de la doctrine internationale. Ainsi, pour Politis, la théorie de l'abus de droit intervient avant tout dans les domaines caractérisés par une absence de réglementation ⁷⁰. Le juge Lauterpacht, plus affirmatif encore, estime que si cette théorie occupe une place limitée dans les ordres juridiques internes, c'est en raison de leur développement avancé et de leur cristallisation en d'innombrables règles spécifiques, créant des droits et des devoirs bien définis. Sur le plan international, en revanche, selon ces auteurs, elle est susceptible de trouver un terrain favorable, car la réglementation y est déficiente, voire parfois inexistante ⁷¹.

En dépit de ces objections, l'attitude de Scerni et Kiss correspond mieux à la réalité. Certes, si en droit interne, la théorie de l'abus de droit possède une importance limitée, la cause en est dans le développement avancé de ces systèmes. Mais il serait faux d'en déduire *a contrario* qu'en droit international, par suite de la relative absence de réglementation, elle occuperait une place plus importante. Au contraire, ses chances s'y trouvent réduites. Inutile dans un système juridique où une réglementation parfaite et détaillée préviendrait tous les exercices abusifs de l'ensemble des droits spécifiques sans aucune exception, le principe de l'abus de droit ne l'est pas moins dans un système rudimentaire où d'importants domaines sont régis par des principes souples et élastiques. En droit international, où de nombreuses normes juridiques sont connues par leur relative élasticité et où il est de plus impossible de déterminer avec précision la naissance d'une nouvelle règle coutumière, la théorie de l'abus de droit n'est d'aucun secours.

Cette manière de voir se manifeste clairement dans le jugement de la Cour internationale de Justice en l'affaire Nottebohm, déjà mentionné ⁷². Malgré une importante partie des plaidoiries consacrée à l'abus de droit, la Cour refusa de s'y arrêter, préférant étendre à la décision de naturalisation les règles de la nationalité effective. Quelles que soient les réactions suscitées par cet arrêt, la démarche de la Cour est significative : plutôt que d'invoquer un principe général, la Cour choisit d'interpréter la notion de naturalisation dans un sens nouveau, accordant une certaine importance à l'intention du requérant, jusqu'alors ignorée. Sous cet angle, l'arrêt Nottebohm apporte un complément aux règles du droit des gens relatives à la naturalisation, mais ne saurait illustrer la théorie de l'abus de droit.

En résumé, à l'issue de ce premier chapitre, deux raisons déjà nous incitent à limiter l'importance que l'abus de droit pourrait éventuellement avoir en droit des gens. En premier lieu, l'on doit constater que la thèse défendue par Politis selon laquelle le principe de l'abus de droit permet de découvrir des règles encore virtuelles, est une construction essentiellement académique et artificielle qui, en dépit d'une certaine élégance, ne correspond pas à la réalité. L'explication traditionnelle de la naissance des normes coutumières se fonde sur des bases plus solides. Deuxièmement, de nombreuses dispositions du droit international et tout particulièrement les règles coutumières, possèdent une imprécision et une élasticité considérables. Le juge chargé de les appliquer jouit d'une large liberté d'appréciation et peut sans trop de difficultés, étendre leur portée pratique. Il est préférable, avant de chercher à introduire de nouveaux principes généraux, de préciser et de compléter la réglementation déjà existante. Par conséquent, dans tous les domaines régis par des règles imprécises et élastiques, l'abus de droit n'est d'aucune utilité.

CHAPITRE III

LES CONFLITS DE SOUVERAINETÉS

Un nouvel argument dirigé contre l'introduction et l'application de la théorie de l'abus de droit en droit international, peut être tiré de l'existence de ce que nous appellerons des « conflits » de souverainetés.

Si, du point de vue positif, la souveraineté signifie que les Etats sont autorisés à exercer leurs droits en toute liberté, dans les limites fixées par l'ordre juridique ⁷³, du point de vue négatif, elle permet à chaque Etat de s'opposer à toute atteinte portée par d'autres sujets du droit international contre sa propre souveraineté ⁷⁴. Autrement dit, les principes d'égalité et d'indépendance obligent les Etats à s'abstenir de commettre des actes pouvant constituer une violation de la souveraineté d'autrui. « Le simple fait pour un Etat d'être membre de la communauté internationale restreint sa liberté d'action envers les autres Etats, car il est tenu de ne pas intervenir dans leurs propres affaires ⁷⁵ », ceci sous réserve d'exceptions bien précises. Le droit d'un Etat d'agir en vertu de sa souveraineté s'arrête donc là où commence celle d'autrui, ainsi que l'admit la Cour de La Haye dans l'affaire du Lotus : « La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de puissance sur le territoire d'un autre Etat ⁷⁶. »

Cet état de fait concerne de fort près la théorie de l'abus de droit. En effet, dans de nombreux précédents où une partie de la doctrine découvre de prétendues applications de l'abus de droit, se produisent en réalité de telles « collisions » de souverainetés différentes, car il s'agit de cas où un Etat, croyant agir légalement dans le cadre de sa souveraineté, commet une ingérence dans celle d'autrui. L'exemple sans doute le plus caractéristique nous est fourni par les relations internationales de voisinage, dont nous allons examiner quelques aspects.

En vertu de la contiguité des Etats, de nombreux faits qui se déroulent entièrement sur le territoire de l'un d'eux, entraînent souvent des conséquences dommageables sur le territoire des autres Etats et plus particulièrement des Etats voisins ⁷⁷. Bien qu'extrêmement variées, les controverses les plus fréquentes proviennent en général des difficultés soulevées par l'utilisation industrielle des cours d'eau internationaux ⁷⁸. Alors qu'autrefois, la navigation constituait à ce sujet la préoccupation première des Etats, l'expansion de la population et les découvertes de la technique moderne ont provoqué de nouveaux points de friction. Succinctement, le problème se pose de la manière suivante : Un Etat a-t-il le droit, dans

l'exercice de sa souveraineté territoriale, d'utiliser à des fins diverses (navigation, irrigation, approvisionnement en eau potable, barrages hydro-électriques, etc.), l'eau des cours d'eau traversant ou bordant son territoire, sans se soucier des dommages causés aux pays voisins ou qui pourraient en résulter (diminution du débit ou assèchement du cours d'eau, pollution, inondation, etc.)?

En raison de la naissance relativement récente de ces controverses, la réglementation internationale existe à l'état rudimentaire et c'est pourquoi plusieurs auteurs s'imaginent y découvrir un champ d'application idéal pour la théorie de l'abus de droit⁷⁹. En effet, selon un principe incontestable et incontesté, chaque Etat peut, en toute liberté, exercer sur son territoire les droits qui découlent de sa souveraineté. Cependant, dans de nombreux précédents, les Cours suprêmes d'Etats fédératifs et certains tribunaux internationaux, refusent d'admettre toutes les conséquences de ce principe et s'efforcent en général de concilier les intérêts en présence⁸⁰. De là à voir une application de la théorie de l'abus de droit, il n'y a évidemment qu'un pas. Pourtant, une fois de plus, cette thèse ne correspond pas à la réalité.

Outre la nécessité de créer des règles aujourd'hui encore inexistantes et de les développer, ce qui nous ramène à la question précédemment examinée, cette interdiction de causer des dommages à autrui dans l'exercice de ses droits souverains en matière fluviale, repose sur des bases différentes. En réalité, si un Etat est en droit d'agir librement en vertu de sa souveraineté territoriale, il lui est interdit de commettre une ingérence dans celle de ses voisins, de sorte que le conflit doit se résoudre selon le principe des collisions de souverainetés⁸¹. Cette argumentation fut d'ailleurs exposée et même développée à l'extrême au début du siècle déjà, lors de la session de Madrid de l'Institut de droit international; le rapporteur estimait que les travaux causant des dommages à l'étranger constituent en réalité des atteintes à la constitution même du territoire de ces Etats. Or, à son avis, aucun Etat ne peut changer essentiellement le territoire d'un autre Etat sans le consentement de ce dernier⁸². Sans être aussi absolu, il est certain que de tels actes constituent une interférence, sinon dans le territoire, du moins dans les droits ou la jouissance des droits des Etats étrangers.

Contrairement aux partisans de la théorie de l'abus de droit, le Tribunal fédéral suisse s'est prononcé selon le principe de la collision de souverainetés, lors d'un différend entre les cantons d'Argovie et de Zurich, parfois cité à tort comme première application de l'abus de droit en matière fluviale. Des travaux effectués en territoire zurichois en vue de développer l'utilisation de la force hydraulique de la rivière Jona avaient entraîné une diminution du débit, empêchant ainsi des moulins situés en

territoire argovien de fonctionner normalement. Au cours du procès, le canton de Zurich invoqua sa souveraineté en vertu de laquelle il s'estimait libre d'utiliser son territoire à sa convenance, mais Argovie répondit que ces ouvrages constituaient une ingérence dans sa propre souveraineté. Le Tribunal fédéral admit que le principe à utiliser dans de tels différends est celui de l'égalité des cantons, selon lequel aucun canton ne peut exercer les droits dérivant de sa souveraineté (seine Hoheitsrechte) de manière à commettre directement ou indirectement une ingérence insupportable dans la souveraineté (Hoheitsrechte) d'un autre canton⁸³. Ce principe établi, la demande argovienne fut néanmoins écartée en raison de travaux déjà entrepris en territoire zurichois afin de remédier à ces inconvénients⁸⁴.

Sur le plan international, le précédent essentiel est sans aucun doute l'affaire du district sanitaire de Chicago, trop connue pour qu'il faille y insister longuement⁸⁵. A la suite de gigantesques travaux effectués depuis la fin du siècle passé afin d'assurer le développement industriel de Chicago, augmenter son approvisionnement en eau potable, permettre l'écoulement de ses égouts et réaliser l'ambitieux projet de relier directement la ville par un canal au golfe du Mexique, une quantité importante d'eau fut détournée du lac Michigan. Le niveau des Grands-Lacs et du Saint-Laurent s'abassa considérablement, portant ainsi atteinte à la navigation. De nombreuses contestations s'ensuivirent, tant sur le plan interne où treize Etats membres des USA étaient intéressés, qu'à l'échelon international par suite de l'opposition du Canada.

Le cas était d'autant plus intéressant qu'en 1895, dans l'affaire du Rio Grande entre les USA et le Mexique, le procureur général Harmon avait clairement affirmé qu'aucune règle du droit international n'obligeait les Etats-Unis à interdire à leurs habitants d'utiliser l'eau des fleuves sur territoire américain, quels qu'en fussent les effets pour les Etats avals⁸⁶. Malheureusement, le litige américano-canadien, qui pourtant avait conduit en 1905 déjà à la création de l'« International Waterways Commission », ne fut jamais porté devant une autorité judiciaire internationale, car les parties s'efforcèrent d'atteindre une solution à l'amiable. Cependant, le 14 janvier 1929, le Cour suprême des USA rendit sur le plan interne une sentence dont les effets se répercutèrent dans le domaine international, car elle fixa une limite aux détournements d'eau admissibles, abandonnant ainsi la doctrine du procureur général Harmon.

A l'heure actuelle, de nouvelles disputes analogues ont éclaté, notamment au Moyen-Orient et à propos de l'utilisation de l'Indus à des fins d'irrigation, cause essentielle de la querelle du Cachemire entre l'Inde et le Pakistan⁸⁷. Cependant, la diversité des facteurs politiques, économiques et topographiques entraîne l'impossibilité d'adopter des normes juridiques

abstraites capables de résoudre tous les différends⁸⁸. Mais le principe de base reste clair : un Etat ne peut profiter de sa position géographique et exercer les droits souverains qu'il possède sur ses eaux, de manière à ruiner ou causer de sérieux dommages à ses voisins.

Faut-il y voir une application de la théorie de l'abus de droit ou plutôt un conflit de souverainetés ? Kiss se pose lui-même la question : A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse, « on pourrait dire que, s'agissant du conflit de deux compétences, c'est le principe classique défendant la violation des compétences de l'autre Etat, que la Cour Fédérale suisse a appliqué ; que, s'agissant d'une ingérence dans les compétences de l'Etat B, il importe peu si l'Etat A a commis cette infraction dans l'exercice de ses compétences ou non, c'est l'infraction qui compte⁸⁹ ». Autrement dit pour Kiss, l'on pourrait à première vue y voir un conflit de souverainetés. Mais, dit-il, il ne s'agit-là que d'une apparence, car dans les précédents cités, la compétence de l'Etat défendeur n'était pas mise en cause et seul l'exercice était incriminé. Pour Kiss donc, il y a réellement abus de compétence, ou abus de droit.

Nous ne partageons pas cette manière de voir, car il nous paraît préférable de nous en tenir au principe classique de l'interdiction de violer la souveraineté d'autrui ou, selon les termes de Kiss, de commettre une ingérence dans le domaine des compétences des Etats étrangers. Lorsque la compétence elle-même n'est pas mise en doute, c'est dans le cas seulement où l'auteur agit à l'intérieur de son territoire sans que son acte ne produise aucun effet sur le territoire voisin. Mais il n'en est plus de même lorsque des dommages en résultent à l'étranger, car la sphère de souveraineté ou de compétence est limitée par l'existence de celle des autres sujets de droit international⁹⁰. Telle est d'ailleurs la manière dont Phillimore interprète la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas* : les droits peuvent s'exercer tant que ceux d'autrui ne s'en trouvent pas violés⁹¹.

Il n'est pas inutile de rappeler ici les conclusions auxquelles nous avons abouti lors de l'étude du droit anglais, plus précisément à l'occasion de l'affaire *Mayor of Bradford v. Pickles*⁹². Par sa conception particulière de la notion de droit subjectif et en raison de l'existence du concept de *nuisance*, l'ordre juridique anglais évite de recourir à la théorie de l'abus de droit : l'exercice d'un droit est illicite lorsqu'il empiète sur le droit d'autrui ou empêche ce dernier de jouir librement de son droit. Le droit international et le droit anglais semblent donc suivre une même voie : la sphère de liberté d'action d'un sujet s'arrête là où commence celle d'autrui.

Cette approche se manifeste encore avec plus de clarté dans un autre domaine du droit international de voisinage, en matière de souveraineté aérienne. A nouveau, le Tribunal fédéral suisse se signale par un arrêt

rendu entre les cantons de Soleure et d'Argovie, à propos d'un établissement de tir construit à peu de distance de la frontière soleuroise, dont l'utilisation mettait en danger certaines régions soleuroises par suite de l'insuffisance des mesures de protection. Argovie, invoquant sa souveraineté, se prétendait en droit d'utiliser librement son territoire, mais Soleure estimait que le danger créé par la présence du stand de tir constituait une violation de sa propre souveraineté. Le Tribunal fédéral admit la thèse soleuroise : étant donné qu'aucun principe de droit suisse ne règle un tel conflit, dit-il, il est nécessaire de chercher la solution parmi les normes du droit international, en vertu desquelles la souveraineté d'un Etat peut s'exercer librement tant qu'elle n'atteint pas les droits découlant de celle d'un autre Etat. Or, les atteintes à la souveraineté ne se limitent pas aux atteintes juridiques, mais à tout fait qui empêche l'utilisation du territoire et la libre circulation des habitants. Sous cet angle, le danger issu de la présence du stand de tir argovien doit être considéré comme une atteinte à la souveraineté soleuroise⁹³. Le Tribunal fédéral écarta donc les arguments développés par le canton d'Argovie et interdit l'utilisation du stand de tir tant que des mesures de protection suffisantes n'auraient pas été prises.

Un conflit identique célèbre naquit en droit international en matière de souveraineté aérienne, à propos des fonderies du Trail, tranché par deux sentences arbitrales du 16 avril 1938 et du 11 mars 1941, entre les USA et le Canada⁹⁴. Des fumées sulfureuses émanant d'une fonderie située sur territoire canadien, à proximité de la frontière américaine, se répandaient dans la région et causaient d'importants dégâts à l'agriculture des USA. Saisi par les parties dans le but de rendre une solution équitable, le tribunal arbitral constata tout d'abord l'inexistence de précédents en matière de pollution d'air. Il se résolut donc à raisonner par analogie selon les cas de pollution et de détournement de cours d'eau et admit, après avoir également examiné l'arrêt du Tribunal fédéral suisse cité ci-dessus, qu'aucun Etat n'a le droit d'utiliser son territoire ou d'en permettre l'utilisation de manière à causer des dommages importants et évidents dans le territoire d'un autre Etat, par l'émission de fumées⁹⁵.

Dans cette sentence, qui rappelle de fort près les cas de *nuisance* du droit anglais, certains voient à nouveau une application de la théorie de l'abus de droit, d'autant plus importante qu'il s'agit d'une application de l'abus de droit à une matière nouvelle, prouvant ainsi « que la portée de l'interdiction de l'abus de droit s'étend sur tous les domaines des compétences étatiques, qu'elles soient exercées sur le sol, sur les eaux ou sur l'espace aérien⁹⁶ ». Pourtant, l'attitude des tribunaux ne pourrait être plus claire : le Tribunal fédéral suisse mentionne expressément l'interdiction d'exercer ses droits de manière à troubler les cantons voisins dans la jouissance des

leurs. Dans l'affaire des fonderies du Trail, le Tribunal arbitral adopte la même attitude et de plus, son argumentation s'inspire sans équivoque de certains arrêts anglais selon lesquels les droits trouvent leur limite dans l'existence de ceux d'autrui.

Nous nous sommes borné à examiner deux domaines particuliers du droit de voisinage, mais les conclusions peuvent s'appliquer à l'ensemble de ces relations. Par suite du développement de la technique moderne, de nouvelles contestations s'élèvent chaque jour : par exemple, la pluie artificielle provoquée dans un pays, empêchant les voisins de bénéficier de la pluie naturelle, pose un problème juridique original ⁹⁷ ; la même question surgit également à propos des expériences nucléaires qui accroissent la radioactivité de l'atmosphère et pourraient avec le temps mettre en danger non seulement les Etats où se produisent les explosions, mais toutes les nations du monde ⁹⁸.

Le droit de voisinage vient à peine de naître. Il est donc à prévoir que de nouvelles règles se créeront au cours des prochaines années et que la réglementation rudimentaire actuelle se précisera de plus en plus ⁹⁹. Néanmoins il existe aujourd'hui un principe fondamental en vertu duquel de nombreux actes sont interdits lorsqu'ils causent un dommage aux Etats voisins ¹⁰⁰. Est-ce là, comme certains se l'imaginent, une application de la théorie de l'abus de droit ¹⁰¹ ? Nous ne le pensons pas, car, à notre avis, les différends qui surgissent entre deux Etats voisins constituent en général une collision de souverainetés ¹⁰² et doivent par conséquent se résoudre conformément aux principes que nous venons d'exposer. En raison de cette conception, le droit international s'apparente au droit anglais : tout sujet de droit est libre d'exercer ses droits dans la mesure où il ne s'immisce pas dans ceux d'autrui ou, selon la terminologie anglaise, tant que son exercice ne constitue pas une *nuisance*. Chaque droit est limité en tant que tel par l'existence de droits identiques appartenant à autrui. En cas de collision, ce n'est pas l'exercice seulement qui est contesté, mais bien le droit lui-même. Certes, les deux méthodes conduisent à des résultats parfaitement identiques ; mais n'est-ce pas là prouver dans un cas particulier l'inutilité de la théorie de l'abus de droit ?

Il faut enfin remarquer qu'à l'exception de Kiss, la doctrine internationale évite d'invoquer le principe de l'abus de droit. Seul Sauser-Hall effleure le problème avec une prudence considérable ¹⁰³ et c'est en vain que l'on chercherait l'expression « abus de droit » dans le cours d'Andrassy.

En conclusion, dans un nouveau domaine extrêmement important des relations internationales, la théorie de l'abus de droit s'avère inutile, car l'Etat accusé de commettre un abus agit en réalité dans la sphère de compétence de son voisin, viole la souveraineté d'autrui et sort par conséquent de son droit.

CHAPITRE IV

BONNE FOI ET ABUS DE DROIT

Selon une vérité connue, plus la signification d'un concept se popularise, plus sa définition s'avère difficile. Le principe général de la bonne foi n'échappe pas à cette règle. Bien qu'il constitue en fait l'une des rares notions dont l'existence et la valeur n'aient jamais été mises en doute en droit international, il est assez difficile de préciser exactement sa signification. Inhérente à tout individu, mais indéfinissable, telles sont les caractéristiques essentielles de la bonne foi : « Toutes ces qualités peuvent échapper à une définition précise, mais elles peuvent être considérées comme inhérentes ou du moins perceptibles à tout homme moyen ¹⁰⁴. »

En général, deux approches différentes se partagent les faveurs de la doctrine : la première consiste, après avoir affirmé le caractère fondamental du principe de la bonne foi, à en chercher des illustrations variées. Grotius, par exemple, l'étudie essentiellement dans les rapports que les ennemis doivent garder entre eux tout en écrivant que « l'obligation de dire la vérité vient d'une cause antérieure à la guerre ¹⁰⁵ ». Vattel de même, pour qui la bonne foi est « sacrée », comme « tout ce que le salut public rend inviolable ¹⁰⁶ », examine ses manifestations à travers le droit des traités et dans les relations entre ennemis ¹⁰⁷. Cette tendance persiste aujourd'hui et confirme ainsi l'opinion d'un juge anglais, Lord Hobhouse, selon qui des termes aussi élémentaires que l'honnêteté, la bonne foi ou la malice, échappent à toute définition *a priori* : « ils peuvent être illustrés, mais non définis ¹⁰⁸. »

D'autres auteurs choisissent une approche négative : renonçant à découvrir ce qu'est la bonne foi, ils préfèrent exposer ce qu'elle n'est pas, c'est-à-dire énumérer les attitudes avec lesquelles elle ne saurait se concilier. Ainsi, selon Vattel, manquer à ses engagements « sur des prétextes manifestement frivoles ¹⁰⁹ » constitue certainement une violation de la bonne foi. « La mauvaise foi dans le sens de dol, malice, intention frauduleuse, est certainement incompatible avec la bonne foi ¹¹⁰. »

Néanmoins, malgré la difficulté de fournir une définition précise de la bonne foi, cette obligation qu'ont les Etats aussi bien que les individus de se conduire avec un minimum de sincérité, d'honnêteté, de loyauté ou de moralité ¹¹¹, constitue l'une des règles fondamentales du droit des gens. La doctrine unanime y voit un principe de base, sinon la règle première du droit international ¹¹². Dans la jurisprudence également, le principe de la bonne foi, déjà invoqué bien avant la naissance de la Cour permanente ¹¹³, fait aujourd'hui l'objet de fréquentes mentions devant la Cour internationale de Justice ¹¹⁴. Il figure enfin, tant dans le Pacte de la

Société des Nations (§ 13 ch. 4) que dans la Charte des Nations Unies (art. 2 ch. 2).

Les rapports entre l'interdiction de l'abus de droit et l'obligation d'agir selon les règles de la bonne foi sont particulièrement enchevêtrés. Parfois même, il est impossible de distinguer clairement les deux concepts, de sorte que l'on a pu considérer l'abus comme l'expression négative du principe de la bonne foi¹¹⁵. Aussi n'est-il pas étonnant que la majorité de la doctrine les mentionne côte à côte ou les étudie à la même enseigne¹¹⁶. Telle fut également l'attitude de la Cour de La Haye lorsqu'elle effleura la théorie de l'abus de droit dans l'affaire de certains intérêts allemands en Haute-Silésie : « L'Allemagne a conservé jusqu'au transfert effectif de la souveraineté le droit de disposer de ses biens, et ce n'est qu'un abus de droit ou un manquement au principe de la bonne foi qui pourraient donner à un acte d'aliénation le caractère d'une violation du Traité¹¹⁷. »

Deux principes aussi généraux que celui de la bonne foi et de l'abus de droit ne peuvent manquer de se recouvrir à différentes reprises. Il est donc facile, soit de les confondre¹¹⁸, soit de discerner dans l'abus de droit une conséquence de la bonne foi, appliquée à l'exercice des droits¹¹⁹. Cette confusion s'opère d'autant plus aisément que ces deux règles résultent des mêmes considérations morales situées à la base de tout système juridique¹²⁰. Pourtant, cette manière de voir ne couvre pas toutes les éventualités. Certes, dans certains cas, un abus de droit constitue également une violation du principe de bonne foi¹²¹ : selon notre large définition, est abusif tout exercice manifestement choquant d'un droit ; or, l'exemple à la fois le plus clair et le plus fréquent apparaît dans les actes où l'auteur cherche exclusivement ou essentiellement à nuire à autrui et par conséquent viole les exigences de la bonne foi la plus élémentaire. Il en est de même lorsque le bénéficiaire du droit détourne manifestement le but social ou l'esprit dans lequel ce droit lui a été conféré.

Cependant, tout abus de droit ne transgresse pas nécessairement l'obligation de se conformer aux règles de la bonne foi : en matière de sources par exemple, l'auteur peut en toute bonne foi utiliser l'eau à des fins licites, sans nourrir aucune intention méchante à l'égard de ses voisins, bien qu'il leur cause en fait des dommages considérables. Sur le plan international, lorsque les Etats utilisent les fleuves internationaux dans des buts industriels, domaine où certains cherchent à appliquer la théorie de l'abus, il est fort improbable, sinon exclu, qu'ils agissent dans l'intention de causer des dommages aux Etats voisins sans en retirer eux-mêmes aucun avantage. De même dans l'affaire Nottebohm, le Liechtenstein n'avait certainement pas agi de mauvaise foi pour assouvir une rancune quelconque contre le Guatemala, les intentions personnelles de Nottebohm n'étant pas mises en cause.

De même, si tout abus de droit ne constitue pas nécessairement une violation de la bonne foi, toute mauvaise foi ne revêt pas obligatoirement un caractère abusif. En effet, le principe de la bonne foi possède une portée plus étendue et peut notamment être invoqué dans la plupart des cas d'actes illicites, contrairement au principe de l'abus de droit. Ainsi, par exemple, le fait pour un Etat de bloquer indûment des avoirs étrangers peut être accompagné d'une mauvaise foi évidente, sans constituer pour autant un abus de droit.

Aussi, si ces deux concepts se superposent parfois, ils ne sont pas en tout point semblables et il est donc nécessaire de les distinguer. Selon Kiss, « quant aux rapports actuels qui existent entre ces deux principes, ils sont exactement les mêmes que, par exemple, entre le principe de la bonne foi et le principe *pacta sunt servanda*. Autrement dit, si en général le principe de l'abus des compétences est une norme du droit international, sa violation engage de toute façon la responsabilité internationale et la bonne foi joue un rôle particulier seulement, quand il s'agit de l'examen des motifs d'un acte — comme au cas du détournement de pouvoir ¹²². » A notre avis, cette distinction n'est pas suffisante, car Kiss accorde à la bonne foi un rôle trop limité. De tels rapports existent certainement lorsque les deux principes se superposent et que la bonne foi aide éventuellement à déterminer certains cas d'abus de droit. Mais cette obligation constitue incontestablement aujourd'hui une norme juridique, dont la violation engage directement la responsabilité internationale de l'auteur.

Les considérations précédentes nous conduisent à admettre une triple différence :

1^o En premier lieu, l'abus de droit, comme nous l'avons constaté, possède une portée plus limitée que le principe de la bonne foi.

2^o En second lieu, les critères utilisés ne sont pas absolument identiques ; il y a violation de la bonne foi lorsque l'auteur transgresse ce que la société estime un minimum de loyauté, de probité ou de moralité. En revanche, il y a abus lorsque l'auteur exerce un droit d'une manière manifestement choquante ou atteint, par cet exercice, des résultats choquants. Autrement dit, dans le domaine limité de l'exercice des droits, la théorie de l'abus recourt à un critère plus large que le principe de la bonne foi.

3^o Enfin, l'abus de droit se fonde sur un critère relativement objectif, tandis que la bonne foi s'intéresse essentiellement au côté subjectif de l'acte, à l'intention ou aux mobiles de l'auteur.

Les rapports entre l'abus de droit et la bonne foi permettent de déduire un nouvel argument limitant une fois de plus la sphère d'application de la théorie de l'abus : lorsque les deux principes se recouvrent, il est en fait inutile de recourir à la notion d'abus de droit, car l'obligation ancienne

et incontestée de respecter la bonne foi suffit à engager la responsabilité de l'auteur de l'acte incriminé. Pourquoi invoquer un principe nouveau puisque les règles existantes remplissent parfaitement la même fonction ¹²³ ?

Ce raisonnement s'applique sans difficulté à l'exercice du droit de vote dans l'Organisation des Nations Unies et plus précisément au sein du Conseil de Sécurité. A la suite de l'attitude négative et des vetos successifs de l'URSS, se créa un courant d'opinion favorable à une limitation des pouvoirs des membres du Conseil. Les divergences s'accrochèrent à l'occasion de l'admission de nouveaux membres et, à deux reprises, l'Assemblée générale invita la Cour internationale de Justice à donner un avis consultatif d'une part sur les conditions d'admission de nouveaux Etats aux Nations Unies ¹²⁴ et de l'autre sur la nécessité de la recommandation du Conseil de Sécurité exigée par l'article 4, chiffre 2, de la Charte ¹²⁵.

Dans la doctrine et devant la Cour, plusieurs juristes proposèrent alors d'appliquer la théorie de l'abus de droit ¹²⁶, par un raisonnement relativement simple : en vertu de l'article 4, chiffre 2, de la Charte, toute admission d'un nouvel Etat qui remplit les conditions fixées à l'article 4, chiffre 1, « se fait par décision de l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de Sécurité ». Pour être valable, cette recommandation nécessite l'assentiment des cinq membres permanents, de sorte que ceux-ci possèdent un pouvoir discrétionnaire extrêmement large ¹²⁷. Toutefois, selon ces juristes, cette compétence n'est pas illimitée, car la théorie de l'abus permet de sanctionner les utilisations arbitraires ou manifestement choquantes que les membres permanents pourraient en faire.

A notre avis, ce recours à la théorie de l'abus est inutile et injustifié, pour des raisons qui d'ailleurs découlent de l'argumentation même des partisans de ce raisonnement. En effet, les Etats membres de l'ONU, et par conséquent du Conseil de Sécurité, ne disposent pas d'une liberté d'action illimitée, même lorsqu'une disposition de la Charte semble la leur accorder. Ils restent soumis à deux règles importantes : l'article 24, chiffre 2, en vertu duquel le Conseil de Sécurité doit respecter les « buts et principes des Nations Unies », et l'article 2, chiffre 2, qui astreint les membres à remplir leurs obligations de bonne foi. Selon Spiropoulos, « tout vote d'un Membre du Conseil de Sécurité qui ne serait pas inspiré des buts et des principes susmentionnés ou qui ne serait pas émis de bonne foi, constitue un abus du pouvoir discrétionnaire que les Membres du Conseil de Sécurité possèdent et une violation des dispositions susvisées de la Charte ¹²⁸ ».

Pourquoi chercher à invoquer le principe de l'abus de droit ? En fait, Spiropoulos reconnaît lui-même qu'un vote motivé par une attitude négative à l'égard des Nations Unies, destiné uniquement à paralyser son

activité, l'empêchant ainsi de remplir ses fonctions, constitue une violation des dispositions de la Charte ; l'Etat agissant de la sorte contredit un engagement et commet donc un acte d'emblée illicite parce que non conforme à une norme juridique spécifique. De plus, pour autant que son caractère abusif puisse se dégager de déclarations, explications ou communiqués, ce qui soulève alors un problème différent, plus délicat, mais sans incidence sur la construction théorique de l'abus¹²⁹, un tel vote trahirait une mauvaise foi évidente, contraire aux exigences de l'article 2, chiffre 2, de la Charte. Point n'est alors besoin de recourir à l'exception artificielle du principe de l'abus de droit, car celui de la bonne foi, d'ailleurs incorporé dans une norme spécifique de la Charte, permet d'aboutir au même résultat¹³⁰.

Tout autre est la question soulevée par la manière dont sera effectivement sanctionnée la violation des dispositions mentionnées. A l'heure actuelle, la seule sanction consiste en une simple réprobation morale¹³¹, sans effets pratiques réels, ce que l'on peut trouver regrettable, mais cette situation n'appuie ni n'infirme la théorie de l'abus. L'existence de deux dispositions de la Charte, même si elles ne représentent qu'une déclaration purement platonique, fournit une argumentation juridique bien plus solide que l'appel à une théorie nouvelle et fort controversée.

En résumé, nous constatons que les rapports entre bonne foi et abus de droit sont relativement complexes. Issus de considérations morales identiques, ces principes possèdent cependant une portée inégale. S'ils se recouvrent, l'abus de droit perd alors de son importance, en raison de l'existence de l'obligation incontestée de se conformer aux règles de la bonne foi, laquelle conduit exactement au même résultat. Ainsi en est-il chaque fois qu'un Etat exerce un droit de mauvaise foi, dans l'intention de nuire ou en détournant sciemment le but dans lequel la disposition a été adoptée. Le principe de la bonne foi permet donc de limiter une fois de plus le champ d'application de l'abus de droit. Certes, comme nous l'avons admis plus haut¹³², il ne permet pas de l'éliminer, mais réduit dans une mesure considérable ses possibilités d'application.

CHAPITRE V

ÉQUITÉ ET ABUS DE DROIT

Entreprendre une étude, même superficielle, de l'équité nous entraînerait rapidement hors des limites de notre but initial. Il est néanmoins indispensable de formuler quelques brèves remarques avant d'examiner ses rapports avec le principe de l'abus de droit.

Selon la définition d'Aristote, encore admise à l'heure actuelle, l'équité n'est autre que l'application de l'idée de justice à un cas particulier¹³³. Les liens inextricables qui relient la notion d'équité aux principes de justice, à l'idée même du droit¹³⁴ et également au droit naturel, expliquent aisément que la doctrine ne puisse s'entendre sur sa signification, son rôle et son contenu exacts¹³⁵. Une entente approximative se réalise toutefois sur les formes essentielles de l'équité, et l'on admet que cette dernière se manifeste de trois manières différentes :

1° *Infra legem*, lorsque des considérations d'équité interviennent dans le cadre des règles juridiques en matière d'interprétation.

2° *Praeter legem*, lorsque l'équité sert à compléter la loi, notamment en présence de lacunes.

3° *Contra legem*, lorsque l'équité permet d'écarter certaines dispositions légales existantes dont l'application entraînerait des effets trop rigoureux ou injustes¹³⁶.

L'article 38, chiffre 2, du statut de la Cour internationale de Justice, selon lequel la Cour peut, avec le consentement des parties, juger *ex aequo et bono*¹³⁷, rajouta de l'huile sur le feu d'une controverse déjà particulièrement animée. Après quelques années d'incertitudes, il est cependant couramment admis aujourd'hui que la disposition de l'article 38, chiffre 2, du statut de la Cour ne correspond pas aux trois formes de manifestation de l'équité. Elle ne s'applique qu'à l'équité dite *contra legem*, lorsque le juge est autorisé à trancher le conflit sans égard aux dispositions juridiques existantes¹³⁸, comme s'il avait à faire œuvre de législateur¹³⁹. Aucun consentement des parties n'est nécessaire dans les deux premiers cas, afin d'interpréter ou de compléter la loi en s'inspirant du sentiment de l'équité, car ce procédé est des plus naturels¹⁴⁰.

Remarquons d'ailleurs que la juridiction *ex aequo et bono*, en laquelle étaient placés de nombreux espoirs, n'atteignit pas les effets escomptés. Au contraire, la Cour, qui ne lui témoigne guère d'affection particulière, n'eut jamais l'occasion de l'appliquer. La clause de l'article 38, chiffre 2, fut invoquée dans un seul cas, l'affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, par l'agent du Gouvernement français, mais la Cour elle-même refusa d'appliquer cette disposition, alléguant que le compromis d'arbitrage ne s'y référait pas expressément¹⁴¹.

Le principe de l'abus de droit et l'équité présentent diverses similitudes et, à vrai dire, il serait même souvent facile de les confondre. Tout d'abord, du point de vue étymologique, équité signifie égalité¹⁴². Autrement dit, elle autorise le juge à opérer, dans le cadre ou indépendamment des règles juridiques existantes, une pesée des intérêts en présence, de manière à tracer une ligne qui détermine équitablement les droits et les obligations des parties. Or, le procédé de la balance des intérêts en présence constitue,

nous l'avons vu, l'une des caractéristiques particulières de l'abus de droit, parfois même invoquée comme critère essentiel ¹⁴³.

Une seconde analogie concerne le rôle de ces deux notions. L'équité, surtout envisagée sous l'angle historique, s'utilise afin d'adoucir la rigueur du droit, d'atténuer les effets causés par une stricte application des normes juridiques ¹⁴⁴. Telle fut en effet la cause essentielle de son développement en droit romain sous les prêteurs ou en droit anglais sous l'impulsion du chancelier ¹⁴⁵. Aujourd'hui encore son rôle, quoique plus limité, demeure identique, exception faite du droit anglais où l'« equity » s'est, au cours des ans, « cristallisée » ¹⁴⁶ en un corps de règles aussi strict que le droit commun, au point que certains juristes anglais souhaitent parfois la création d'une nouvelle équité ¹⁴⁷. De son côté, le principe de l'abus de droit, s'il était admis en droit international, s'inspirerait de considérations identiques, auxquelles il devrait d'ailleurs sa naissance : tout comme l'équité, il chercherait à empêcher les effets désastreux que peut provoquer l'application stricte du droit existant, permettant d'infuser à nouveau l'idée de justice là où une application rigoriste de la loi aurait créé des injustices.

Enfin, une troisième similitude, à nos yeux essentielle, résulte du procédé suivi lorsque l'équité s'applique *contra legem*. En effet, sous cette forme, l'équité se traduit de la manière suivante : muni de l'autorisation des parties, le juge peut, s'il l'estime équitable, écarter purement et simplement les règles de droit existantes et appliquer des principes *ad hoc*, adaptés aux circonstances particulières, à la suite d'une pesée des intérêts en présence ¹⁴⁸. Or, la théorie de l'abus implique un raisonnement absolument identique : si, aux yeux du juge, une partie commet un abus de droit, c'est-à-dire exerce de manière choquante ou antisociale, les facultés que lui confèrent les dispositions de l'ordre juridique, il lui refuse toute protection afin de tenir compte des intérêts de l'autre partie. En d'autres termes, s'il estime inéquitables les conséquences de l'exercice d'un droit, ou si l'on veut, de l'utilisation d'une règle juridique existante, il l'écarte, à l'image du procédé suivi dans la juridiction *ex aequo et bono*, et opère une pesée des intérêts en présence, sans tenir aucun compte des normes juridiques existantes. Telle est sans doute la raison pour laquelle l'on a parfois prétendu que la clause *ex aequo et bono* offrait à la théorie de l'abus un avenir souriant ¹⁴⁹. Cet espoir est toutefois demeuré théorique puisque ni la Cour permanente, ni la Cour internationale de Justice, ne se prononcèrent selon cette juridiction.

Malgré ces analogies, la théorie de l'abus de droit et la notion d'équité ne sauraient cependant se confondre. Certes, elles sont toutes deux issues des mêmes considérations morales, mais il serait plus juste de dire qu'en fait, l'abus de droit est une conséquence de l'idée d'équité. Celle-ci, source première de tout système juridique, puisque le but de tout droit consiste

à répartir de manière aussi équitable que possible des intérêts contradictoires, se manifeste à travers différents concepts techniques, au nombre desquels figure l'abus de droit.

Les partisans de l'abus de droit, pour qui ce principe est aujourd'hui reconnu en droit international, en déduisent une importante conséquence pratique : puisqu'il constitue une norme juridique, le juge n'a besoin d'aucune autorisation pour l'appliquer. Là réside toute la différence, disent-ils, entre la théorie de l'abus et l'équité *contra legem* ; pour pouvoir s'écarter de la législation existante dans un cas particulier et se fonder uniquement sur l'équité, le juge doit obtenir le consentement des parties. En revanche, aucun consentement n'est nécessaire pour recourir à la théorie de l'abus, bien que le procédé suivi soit en fait le même¹⁵⁰.

Cette manière de voir, éventuellement justifiée au cas où l'abus de droit constituerait réellement une norme juridique, n'est pas admissible à l'heure actuelle où cette règle ne trouve en droit des gens aucune prise à laquelle s'accrocher. Abus de droit et équité *contra legem* sont deux principes pratiquement identiques, ce que reconnaissent d'ailleurs les défenseurs de l'abus, lorsqu'ils admettent pour seule différence le consentement des parties, inutile dans un cas, nécessaire dans l'autre. Admettre la théorie de l'abus dans les rapports internationaux reviendrait alors à autoriser l'application de l'équité *contra legem* sans l'assentiment des parties au litige.

Pour l'instant, le juge international ne peut s'écarter des dispositions juridiques et trancher les différends conformément à l'équité seulement, que si les parties lui donnent leur consentement tel qu'il est prévu à l'article 38, chiffre 2, du statut de la Cour et à l'article 28 de l'Acte général de Genève de 1928¹⁵¹. La théorie de l'abus suit exactement le même chemin, mais se passe de ce consentement des parties. Or, le peu d'enthousiasme suscité par la juridiction *ex aequo et bono* montre que les Etats préfèrent voir leurs litiges résolus selon le droit existant et non pas en marge. C'est pourquoi, à notre avis, la théorie de l'abus qui, à l'image de l'équité *contra legem*, permet d'écarter une disposition juridique en faveur d'une simple balance des intérêts, ne peut s'utiliser qu'avec le consentement des parties.

En résumé, l'abus de droit doit être considéré comme une conséquence de l'idée d'équité, moyen par lequel peuvent s'atténuer certains effets injustes ou choquants d'une stricte application des normes juridiques. Pour autant qu'il soit reconnu sur le plan international, c'est-à-dire qu'il constitue une norme juridique obligatoire, son application ne nécessiterait évidemment aucun consentement des parties, contrairement à la notion de l'équité *contra legem*. Personnellement toutefois, nous ne pouvons admettre cette solution, car elle contribuerait tout simplement à enlever toute signification à la clause impopulaire de la juridiction *ex aequo et bono*.

CHAPITRE VI

COURTOISIE ET ABUS DE DROIT

Indépendamment des règles du droit international, les relations inter-étatiques sont dans une large mesure régies par les exigences de la courtoisie internationale, qui représente entre Etats ce que les règles de politesse sont entre individus. Celles-ci forment un « ensemble d'usages suivis à titre de simple convenance et pour des raisons de commodité pratique ¹⁵² », reconnus d'ailleurs depuis des temps déjà fort reculés ¹⁵³.

La différence entre les règles du droit international et la courtoisie internationale est relativement aisée à déterminer : cette dernière en effet se reconnaît à son absence de caractère juridique. Elle ne possède aucune force obligatoire et, par conséquent, la violation de la courtoisie ne saurait constituer un acte illicite susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur. Il s'agira tout au plus d'un acte inamical ¹⁵⁴, capable de tendre les relations diplomatiques, mais il sera impossible de contraindre l'auteur à réparer un éventuel dommage ¹⁵⁵. Il manque à la courtoisie le second élément du droit coutumier, l'*opinio juris sive necessitatis* ¹⁵⁶, et si tout droit coutumier résulte nécessairement d'un usage, tout usage, même ancien et continu, n'est pas forcément une règle de droit coutumier ¹⁵⁷.

Pourtant, la notion de la courtoisie internationale n'est pas aussi limpide qu'en apparence, notamment dans le monde anglo-saxon où le terme « comity » possède souvent des significations diverses ¹⁵⁸. Les cours anglaises ne marquent pas toujours la différence et utilisent parfois cette expression dans le sens de « règles du droit international », de sorte que l'auteur d'un acte contraire à cette « comity » voit sa responsabilité engagée ¹⁵⁹. Dans ce cas cependant, ces cours sanctionnent en fait la violation d'une règle juridique dont l'origine seulement est due à la courtoisie ¹⁶⁰, et cette interprétation particulière ne contredit donc nullement la distinction établie, car la règle de droit, même si elle tire son origine de la courtoisie, possède alors un caractère juridique.

Le principe de l'abus de droit et la courtoisie internationale présentent une certaine analogie, en particulier par leur but. Tous deux jouent en effet, dans les relations internationales, un rôle modérateur ¹⁶¹ : la courtoisie sert essentiellement à assouplir les règles du droit international et empêche dans de nombreux cas la réalisation pratique de la maxime *summum jus summa injuria* ¹⁶², mission que de nombreux auteurs assignent également à la théorie de l'abus de droit.

Mais le rapprochement s'arrête là, car les deux notions sont loin d'être identiques. L'abus de droit, s'il était admis en droit international, constituerait une règle de droit et posséderait caractère juridique et force

obligatoire. La courtoisie en revanche n'a aucun caractère juridique¹⁶³. Par conséquent, l'abus de droit engagerait directement la responsabilité internationale de l'auteur, tandis que l'Etat à qui est adressée une protestation pour violation de la courtoisie internationale, n'est nullement obligé d'y donner suite et ne pourra être rendu responsable. A supposer que satisfaction soit donnée au plaignant, l'abus de droit et la courtoisie conduiraient au même résultat, mais la situation juridique demeurerait différente. En effet, si l'on appliquait le principe de l'abus de droit, l'Etat fautif serait juridiquement contraint de réparer le dommage causé. En revanche, lorsque l'on invoque la courtoisie internationale, l'Etat agit de son plein gré, renonce volontairement à se tenir strictement à la loi et cherche, par un acte bénévole, à ne pas aggraver les relations qu'il entretient avec l'autre Etat.

Dans la pratique, l'Etat accusé de violer les règles de la courtoisie internationale expose généralement la situation strictement juridique, constate qu'il n'a commis à son avis aucun acte illicite, mais renonce dans le cas particulier et à titre bénévole, à se prévaloir de ses droits. Telle fut, par exemple, l'attitude des USA dans l'affaire du Rio Grande : dans une lettre adressée à l'Ambassade du Mexique, M. Adey, secrétaire au Département d'Etat américain, constate qu'aucune règle de droit international n'empêche un Etat de détourner des cours d'eau à des fins d'irrigation, mais concède que les USA sont prêts à agir conformément aux principes d'équité et en vertu des relations cordiales de voisinage¹⁶⁴.

En revanche, dans le cas de l'abus de droit, peu importe le bon vouloir de la partie fautive : notion juridique, il engage directement la responsabilité de l'auteur de l'acte. La satisfaction rendue n'a aucun caractère bénévole, mais est obligatoire, car le fait même de se tenir à la lettre de la loi crée l'abus de droit en question.

Puisque la violation des règles de la courtoisie internationale, contrairement à l'abus de droit, ne saurait constituer un acte illicite, peut-on penser avec certains que, lorsqu'elle suscite une réclamation favorablement reçue, éventuellement même sanctionnée par un tribunal, nous sommes en réalité en présence d'un cas d'application de la théorie de l'abus de droit¹⁶⁵ ? Ainsi, dans l'affaire *Foster v. Driscoll*, la Cour d'appel anglaise jugea illicite un contrat par lequel plusieurs personnes s'efforçaient d'introduire du whisky de Grande-Bretagne aux USA, contrairement à la législation de ce dernier pays, quand bien même le dit contrat n'avait pas encore été exécuté. Selon Lawrence L. J., demander aux tribunaux britanniques de reconnaître la validité d'un tel contrat « fournirait une juste cause de réclamation au Gouvernement des USA... serait contraire à nos devoirs résultant de la courtoisie internationale telle qu'elle est aujourd'hui comprise et reconnue et, par conséquent, violerait nos conceptions

de moralité publique ¹⁶⁶ ». Ce précédent, mentionné soit comme application de la courtoisie sur le plan international ¹⁶⁷, soit de la théorie de l'abus de droit ¹⁶⁸, doit toutefois inspirer une certaine prudence.

Trois raisons écartent à nos yeux la première possibilité. Tout d'abord, cet arrêt émane d'un tribunal anglais et nous avons relevé que dans le système anglo-saxon, le terme « comity » possède souvent le sens de « règles du droit international ». Or, Lawrence L. J. semble admettre cette interprétation : lorsqu'il parle d'une « juste cause de réclamation », il ne peut envisager autre chose qu'une réclamation à laquelle le Gouvernement britannique serait contraint de donner satisfaction, car, en droit des gens, la responsabilité s'engage à la suite de la violation d'une norme juridique, mais non pas d'un manquement à la courtoisie internationale.

D'autre part, la fin de la citation est encore plus significative : « ... et par conséquent violerait nos conceptions de moralité publique. » En définitive, le contrat est jugé illicite, non pas parce qu'il fournit au Gouvernement des USA matière à une protestation valable ou contredit les exigences de la courtoisie internationale, mais parce qu'il s'oppose aux conceptions britanniques de la moralité publique. Selon la terminologie continentale, le contrat est contraire aux mœurs ou à l'ordre public. Certes, cette moralité publique s'inspire largement de la courtoisie internationale, mais, juridiquement, le contrat viole une norme juridique qui, par surcroît, relève du droit interne. Conformément à la tradition, la Cour d'appel anglaise a appliqué ici une règle de droit dictée par les devoirs résultant de la courtoisie internationale, mais qui n'a de la courtoisie que l'origine.

Relevons enfin un dernier argument qui, cette fois-ci, concerne la juridiction de la Cour. La tâche essentielle d'un tribunal, tant interne qu'international, consiste à dire le droit. Le juge doit trancher les litiges conformément au droit en vigueur. En revanche, la courtoisie internationale est avant tout une question de politique extérieure, qui relève du Département des affaires étrangères, ainsi que l'avait fort justement reconnu la Cour d'appel de New York quelques années auparavant ¹⁶⁹. Les tribunaux internationaux ne sont donc pas compétents en cette matière, pas plus que les tribunaux internes ne connaissent des règles de politesse élémentaire entre sujets de droit privé.

Si l'affaire *Foster v. Driscoll* ne relève pas de la courtoisie internationale, est-elle alors un cas d'application pratique de la théorie de l'abus de droit ? Nous ne le pensons pas et les lignes précédentes nous dispenseront d'une longue explication. Rappelons tout d'abord que la Cour d'appel anglaise s'est fondée sur une norme strictement interne, même si elle doit son origine à certaines exigences de la vie internationale. Par conséquent, l'on ne peut prétendre qu'il s'agit d'un arrêt fondé sur les règles du droit international.

D'autre part, la Cour d'appel recourt ici à la notion de moralité publique et n'invoque nulle part le premier des éléments de l'abus : condamnation de l'exercice d'un droit alors que le droit lui-même n'est pas mis en cause. Elle sanctionne l'illicéité d'un contrat en tant que tel, parce que contraire à une norme de l'ordre juridique anglais. Elle n'invoque pas un prétendu exercice choquant du droit à conclure des contrats, argumentation qui, reconnaissons-le, serait bien artificielle.

En résumé, bien que courtoisie et abus de droit présentent quelques similitudes, ils ne sauraient se confondre. La première, en effet, dépourvue de tout caractère juridique, ne peut engager la responsabilité internationale d'un Etat, ni être invoquée devant les tribunaux internationaux. L'abus de droit, en revanche, pour autant qu'il soit admis dans l'ordre juridique international, constituerait une règle de droit, susceptible d'engager la responsabilité et d'être invoquée devant les tribunaux.

Cependant, il serait faux de voir une application de la théorie de l'abus de droit dans les cas où un Etat aurait été considéré comme juridiquement responsable en raison d'une prétendue violation des règles de la courtoisie internationale. Sous cet angle, le problème est mal posé et l'affaire *Foster v. Driscoll* nous a montré que si l'on écarte l'hypothèse d'une violation de la courtoisie, nous nous retrouvons face au problème que nous n'avons cessé de mentionner au cours de cette étude : dans chaque cas particulier, il est nécessaire d'examiner si les trois éléments de l'abus de droit sont réunis ou si l'acte ne viole pas en réalité une disposition spécifique du droit des gens.

CHAPITRE VII

L'ABUS DE DROIT ET LES LACUNES DU DROIT DES GENS

La question des rapports entre la théorie de l'abus de droit et les lacunes du droit international public se pose à première vue de manière très simple : peut-on valablement appliquer l'abus de droit dans le but de combler les lacunes rencontrées ? Sous cet angle, le problème présente une certaine limpidité, voire un certain attrait, car il est aisé de s'attendre à une réponse affirmative. Pourtant, sous cette apparence trompeuse se cachent plusieurs difficultés qu'un examen des caractères de la lacune ne tardera pas à révéler.

D'origine relativement récente, le problème de la lacune juridique n'a pas encore, à l'heure actuelle, abouti à une solution définitive. Si les difficultés ont généralement été aplanies en droit interne, il n'en est pas de même du droit des gens. Néanmoins, quelles que soient les divergences

doctrinales concernant l'existence ou la non-existence des lacunes, leurs causes ou leurs conséquences, divergences dues souvent aux différentes approches ou aux conceptions personnelles que les auteurs se font du droit international¹⁷⁰, l'opinion dominante admet qu'il existe des cas où les normes juridiques existantes ne fournissent aucune solution au problème pratique posé¹⁷¹. Il y a lacune lorsque ni le sens naturel d'un texte légal, ni son interprétation n'offrent un résultat satisfaisant¹⁷².

D'une manière générale, la doctrine internationale distingue deux catégories de lacunes. En premier lieu se rencontrent les lacunes dites formelles ou authentiques, lorsqu'un état de fait, quoique visé par une règle de droit de portée très générale ou par un principe du droit international, n'est en réalité réglé par aucune norme juridique spécifique. Le système juridique n'offre apparemment au juge qu'un silence, un vide qu'il s'agit de combler. Dans ce cas, l'autorité judiciaire n'excède nullement ses compétences et accomplit au contraire un travail absolument normal, lorsqu'elle s'efforce de trouver une solution au-delà des normes spécifiques, parmi les principes généraux ou fondamentaux du système juridique.

En second lieu, la doctrine admet les lacunes dites matérielles ou non authentiques ou, si l'on veut aussi, fausses lacunes, quand l'application d'une norme existante conduit à un résultat indésirable, contraire à l'éthique juridique. Ces dernières, à l'inverse des premières, contredisent non pas la lettre, mais l'idée du droit¹⁷³.

Le problème des rapports entre les lacunes du droit des gens et la théorie de l'abus de droit se pose donc de deux manières différentes, selon que l'on envisage le cas des lacunes formelles ou celui des lacunes matérielles.

1. LACUNES FORMELLES

A diverses reprises, nous avons souligné combien il est facile, voire trop facile, d'invoquer la théorie de l'abus de droit dès que l'on pénètre dans le domaine des droits subjectifs. Théoriquement, il serait tout aussi aisé de s'y référer en présence d'une lacune formelle, et nous ne doutons pas que cette solution rallierait des partisans. En effet, si l'ordre juridique présente une lacune en omettant de limiter l'exercice d'un droit dans une direction particulière, l'on pourrait alléguer la présence d'un abus dans le cas où un Etat utiliserait ce droit de manière à créer une situation choquante.

Cependant, recourir à la théorie de l'abus de droit est inutile. Selon la définition que nous avons indiqué plus haut, les lacunes formelles se caractérisent par le fait que la solution du litige, inapparente à la lumière

des normes juridiques spécifiques et précises, doit se rechercher parmi les principes généraux ou fondamentaux de l'ordre juridique. Les règles spécifiques doivent toujours s'appliquer dans le cadre et en fonction des normes générales¹⁷⁴ qui permettent de combler d'éventuelles lacunes formelles. Or, à l'heure actuelle, de nombreux principes, depuis longtemps reconnus et indiscutés en droit international, jouent un rôle suffisamment étendu pour éviter l'introduction d'un nouveau principe général.

Ainsi, par exemple, le paragraphe 5 du Pacte de la Société des Nations exigeait que certaines décisions du Conseil ou de l'Assemblée soient prises à l'unanimité. Apparemment, sans ambiguïté, cette disposition ne soufflait mot pourtant de la situation créée par la présence d'Etats-membres, parties à une dispute sur laquelle le Conseil ou l'Assemblée étaient appelés à se prononcer¹⁷⁵. Dès lors, l'on aurait pu théoriquement accuser un tel Etat-membre d'abuser du droit de vote que lui conférait le paragraphe 5 du Pacte si, par une attitude négative, il s'obstinait à empêcher le Conseil ou l'Assemblée de prendre une décision valable qui ne lui conviendrait pas.

Dans son opinion consultative du 21 novembre 1925 concernant l'interprétation de l'article 3, alinéa 2, du Traité de Lausanne, relatif à la frontière entre l'Irak et la Turquie, la Cour permanente se refusa cependant à invoquer la théorie de l'abus de droit. Le texte même du paragraphe 5 du Pacte de la Société des Nations ne prévoyait aucune solution satisfaisante, mais la Cour parvint à tourner la difficulté en admettant que cette disposition ne pouvait en aucun cas éluder le principe général selon lequel nul ne peut être juge en sa propre cause¹⁷⁶. Ainsi, dans le cas particulier, il fut possible d'empêcher un Etat de paralyser l'action de la Société des Nations, sans pour autant invoquer la théorie de l'abus de droit.

Si, avec le professeur Guggenheim, l'on inscrit l'abus de droit en tête des principes généraux du droit¹⁷⁷, il est évident que ce concept pourrait éventuellement être appelé à jouer un certain rôle lorsque se présentent des lacunes formelles. Pourtant, à notre avis, ce rôle est loin d'être indispensable. En raison de son caractère subsidiaire, l'abus de droit ne pourrait s'appliquer qu'en l'absence d'autres règles juridiques, parmi lesquelles sont également compris les principes généraux. Or, le nombre de ces principes est suffisamment élevé, et leur portée étendue, pour permettre de considérer l'abus de droit comme un concept inutile. D'ailleurs, le fait qu'il a été possible de combler les lacunes formelles que l'on rencontrait à une époque où l'on ne parlait pas encore de la théorie de l'abus de droit, prouve une fois de plus combien l'importance de cette théorie ne serait que relative.

2. LACUNES MATÉRIELLES

Cette seconde catégorie concerne tout spécialement l'abus de droit ou, du moins, les prétendus abus relevés dans la doctrine.

La situation est la suivante : une norme spécifique confère à un ou plusieurs sujets de droit un droit subjectif déterminé, sans fixer aucune limite apparente à l'exercice de ce droit. Or il peut arriver que dans certaines circonstances, l'application de cette règle conduise à des résultats moralement ou politiquement indésirables ou, pour reprendre notre critère, choquants.

Logiquement, la norme ne présente aucune lacune, du moins aucune lacune authentique, car, comme l'affirment la plupart des positivistes, tout ce qui n'est pas interdit est permis¹⁷⁸. Cependant, afin de tenir compte du rôle social que doit jouer tout système juridique, la doctrine admet qu'il s'agit là d'une lacune non authentique, car il serait inconcevable que l'ordre juridique lui-même consacre certains états de fait manifestement choquants.

A première vue, il est facile de s'imaginer que la théorie de l'abus de droit pourrait être appelée à tenir une place prépondérante dans la lutte contre les lacunes matérielles. Les défenseurs de l'abus de droit n'ont d'ailleurs pas manqué d'exposer cette thèse et il nous est aisé de relever divers exemples, parmi ceux que nous avons déjà traités plus haut :

a) L'ordre juridique international accorde aux Etats le droit de déterminer librement les conditions de l'expulsion des étrangers. Cependant, les tribunaux ont refusé d'y voir un pouvoir discrétionnaire absolu, même en l'absence de limitations apparentes. Faut-il conclure que dans l'affaire Ben Tillet, par exemple, l'arbitre s'efforça de combler une lacune matérielle en recourant à la théorie de l'abus de droit¹⁷⁹ ?

b) De même, chaque Etat fixe lui-même les modalités de la naturalisation des étrangers. Peut-on dès lors estimer que, dans l'affaire Nottebohm, la Cour de La Haye a consacré la théorie de l'abus de droit et comblé ainsi une déficience juridique¹⁸⁰ ?

c) Enfin, le droit de fermer ses ports maritimes relève du domaine réservé des Etats. L'on pourrait une fois de plus prétendre que, théoriquement, cette réglementation comportait une lacune que la théorie de l'abus de droit permet de combler à l'occasion de l'affaire du port de Portendick¹⁸¹.

Il serait facile d'allonger cette liste d'exemples, mais ces trois précédents suffisent à montrer combien il est aisé d'alléguer l'existence de lacunes et d'invoquer ensuite le principe de l'abus de droit.

A notre avis pourtant, cette attitude serait erronée et il est en réalité inutile de chercher à recourir à la théorie de l'abus de droit lorsque l'on

rencontre des lacunes matérielles dans le domaine des droits subjectifs.

Il est indispensable de préciser tout d'abord que le problème des lacunes matérielles doit être abordé avec une prudence considérable. En effet, l'on s'imagine souvent découvrir une lacune alors qu'en fait, elle n'existe pas. L'on est facilement tenté d'attacher une importance décisive à la norme qui accorde le droit subjectif en question et d'omettre l'existence de règles peu apparentes venant limiter l'exercice de ce droit.

C'est ainsi que l'affaire Ben Tillet ne constitue pas un exemple de lacune matérielle. Comme nous l'avons relevé plus haut¹⁸², il existait à l'époque une règle d'origine coutumière, interdisant aux Etats d'expulser un étranger en accompagnant cette mesure de rigueurs inutiles ou de brimades contraires à la dignité humaine. L'existence de cette règle était alors incontestable, puisque l'Institut de droit international l'avait déjà retenue quelques années plus tôt dans son projet de codification des règles relatives au statut des étrangers. Par conséquent, seule une appréciation superficielle de la situation pouvait inciter à admettre la présence d'une lacune, susceptible de faire intervenir la théorie de l'abus de droit.

Cependant, il peut arriver parfois que l'application d'une règle de droit conduise à une situation choquante et que l'on soit contraint d'admettre l'existence d'une lacune matérielle. Est-il réellement nécessaire d'invoquer alors le principe de l'abus de droit? A notre avis, deux cas peuvent se produire :

a) Au début de la troisième partie de notre étude, nous avons constaté qu'un nombre considérable de règles de droit, et tout particulièrement les règles coutumières, se caractérisent par leur imprécision et leur élasticité¹⁸³. Certains auteurs en ont déduit qu'en raison de cette réglementation imprécise, il est fréquent de rencontrer des lacunes : « Il est parfaitement clair que le droit coutumier est insuffisant. Car, de sa nature, ce droit ne répond qu'aux questions qui se sont posées déjà ; il ne saurait être question de prendre en considération des circonstances qui peuvent se produire à l'avenir¹⁸⁴. »

Ces lacunes doivent évidemment être comblées, mais à notre avis il n'est pas nécessaire de recourir à la théorie de l'abus de droit. Les normes en question, avons-nous dit, n'ont pas de portée clairement définie. Il sera par conséquent préférable, en cas de lacune, de développer la réglementation existante. Ainsi que l'admet Guggenheim, dans de tels cas la tâche essentielle du juge consiste à « créer de nouvelles règles de droit¹⁸⁵ ». De nouvelles règles spécifiques verront donc le jour afin de limiter l'exercice du droit subjectif. Ainsi, la notion d'illégalité et de violation du droit remplace celle d'abus de droit.

b) Cependant, toutes les normes juridiques ne se caractérisent pas par leur imprécision et leur élasticité. La situation est alors évidemment plus

délicate, mais à notre avis la théorie de l'abus de droit, une fois de plus, ne possède pas grande utilité. En effet l'abus de droit, en raison de son caractère subsidiaire, ne pourrait intervenir que si les moyens traditionnels s'avéraient insuffisants. Or, à l'heure actuelle, de tels moyens existent en droit international.

Le premier d'entre eux, auquel les autorités judiciaires recourent volontiers, concerne le raisonnement par analogie¹⁸⁶. Lorsqu'une lacune se présente, le juge s'efforce de la combler en s'inspirant des règles appliquées dans des cas voisins. De cette manière, il adapte à un domaine nouveau certaines normes juridiques déjà existantes en droit international et évite ainsi de recourir à un nouveau principe général. C'est ainsi que dans l'affaire des fonderies du Trail, le tribunal arbitral invoqua, en matière de pollution aérienne, les dispositions admises dans le domaine de la pollution et du détournement des cours d'eau¹⁸⁷. De même, dans le précédent de l'*Australasia and China Telegraph Cy. Ltd.*, le tribunal arbitral évita d'invoquer l'abus de droit, pour procéder par voie d'analogie¹⁸⁸.

L'autorité judiciaire ou arbitrale dispose également d'un second moyen. Elle peut en effet recourir au principe de l'équité¹⁸⁹, notamment de l'équité dite *praeter legem*. Dans ce cas, le juge ou l'arbitre n'a pas besoin d'un consentement exprès des parties au litige. S'il n'a aucune autre possibilité, il est de son devoir, en cas de lacune, d'invoquer les principes d'équité. Ainsi, la Cour permanente d'arbitrage admit, dans l'affaire de la Compagnie de navigation norvégienne, que les mots « sur la base du respect du droit », termes utilisés dans le compromis d'arbitrage, n'avaient pas d'autre sens que : l'arbitre décidera selon l'équité, *ex aequo et bono*, en cas de lacunes du droit positif¹⁹⁰. Or nous avons vu qu'il existe peu de différences entre la notion d'abus de droit et celle d'équité¹⁹¹, sinon celle que l'abus de droit n'est pas reconnu en droit international, contrairement à l'équité. Celle-ci permet donc de remplacer l'abus de droit, sans qu'il n'en résulte aucun inconvénient particulier.

En résumé, l'on doit donc admettre que si, du point de vue théorique seulement, la théorie de l'abus de droit peut éventuellement servir à combler certaines lacunes dans le domaine des droits subjectifs, le besoin ne se fait en réalité nullement sentir à l'heure actuelle. L'existence de divers principes généraux de droit dont la reconnaissance n'est plus à démontrer, l'imprécision de nombreuses normes juridiques et notamment celle des règles coutumières, le recours aux moyens traditionnellement suivis lorsque se présentent des lacunes, permettent d'éviter aisément le recours à la théorie de l'abus de droit.

CHAPITRE VIII

**L'ORDRE PUBLIC,
LA « CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS »
ET L'ABUS DE DROIT**

A première vue, il peut paraître illogique de vouloir examiner dans un seul et même chapitre des concepts aussi différents que l'ordre public et la *clausula rebus sic stantibus*. Il est vrai que ces deux notions n'ont entre elles aucun point commun. Cependant, nous nous sommes résolu à les traiter conjointement pour la raison fort simple que ni l'ordre public, ni la *clausula* n'ont un rapport quelconque avec l'abus de droit. Sans doute nous objectera-t-on qu'il eût alors été préférable d'abandonner purement et simplement cette question. Tel n'est pourtant pas le cas ; en effet, certains auteurs se sont à tort imaginé découvrir des rapports entre l'ordre public et l'abus de droit, de même qu'entre la *clausula* et l'abus de droit, de sorte qu'il nous a paru indispensable de chercher à démontrer l'inexactitude de cette opinion.

1. L'ordre public Le problème des rapports entre l'ordre public et l'abus de droit fut soulevé par Kiss, à l'occasion de l'examen de deux arrêts canadiens. Comme dans l'affaire *Foster v. Driscoll* examinée plus haut ¹⁹², il s'agissait de déterminer si un contrat prévoyant l'exportation de boissons alcooliques aux Etats-Unis, malgré l'interdiction en vigueur dans ce pays, était licite ou non. Le juge Raney estima que la solution ne devait pas être recherchée à la lumière du droit canadien ou de l'Etat d'Ontario, mais que le litige constituait une pure question d'ordre public ¹⁹³.

La Cour d'appel renversa cette décision et déclara le contrat conforme au droit canadien, mais quelque temps après, dans une nouvelle affaire semblable, le juge Raney maintint son opinion, en invoquant par ailleurs l'arrêt *Foster v. Driscoll* qui venait d'être rendu entre-temps ¹⁹⁴. Cette seconde décision fut à nouveau cassée et la querelle aboutit finalement à une modification de la législation canadienne dans le but de tenir compte des intérêts des Etats-Unis.

Selon Kiss, ces deux précédents constituent une application de l'abus de droit, car dit-il, ils montrent que les tribunaux internes doivent empêcher que les sujets de droit n'abusent de leur liberté, en l'espèce de leur droit à contracter, de manière à léser les intérêts d'Etats étrangers ¹⁹⁵.

A notre avis, cette opinion est absolument fausse et nous ne voyons pas comment l'abus de droit pourrait intervenir dans ce cas. En premier

lieu, l'on doit relever que les deux décisions du juge Raney furent cassées en appel, ce qui devrait inspirer à Kiss une plus grande prudence. Ensuite, lorsque la législation canadienne fut modifiée, il ne pouvait plus être question d'abus de droit, mais de véritables violations du droit : de semblables contrats auraient été déclarés illicites parce que non conformes à certaines normes spécifiques du droit canadien. Pour le surplus, l'on peut répéter *mutatis mutandis* les remarques que nous avons émises lorsque nous avons examiné l'affaire *Foster v. Driscoll*¹⁹⁶. La notion d'ordre public, à laquelle s'est référé le juge Raney, est une notion de droit interne et non pas de droit international. Par conséquent, même à supposer que les deux contrats aient été déclarés abusifs au sens du droit canadien, ces précédents ne sauraient constituer une application de la théorie de l'abus de droit sur le plan international. Pour qu'il y ait abus en droit des gens, il faut qu'il y ait préalablement une faculté conférée par l'ordre juridique international. Or, tel n'était pas le cas en l'espèce, car les parties tenaient leurs facultés du droit canadien seulement, c'est-à-dire d'un ordre juridique interne.

En raison de l'absence d'un précédent clair, nous en sommes réduit aux suppositions théoriques. Cependant, il nous paraît logique de conclure que l'ordre public, concept strictement de droit interne, ne présente aucune ressemblance avec celui de l'abus de droit.

2. La « *clausula rebus sic stantibus* » Si la norme *pacta sunt servanda* constitue l'axiome fondamental et indiscutable du droit des gens, son application aveugle et absolue peut parfois aboutir à des situations indésirables et à des résultats néfastes. Aussi les premiers auteurs déjà admirent-ils un tempérament à cette règle, afin de permettre à un Etat partie à un traité ou convention, de se délier de ses obligations en cas de changements imprévus et importants des circonstances de fait¹⁹⁷. Aprement disputée dans l'entre-deux-guerres¹⁹⁸, la *clausula rebus sic stantibus* n'attise plus autant la passion des juristes actuels¹⁹⁹. Pourtant, nombreux restent les points en suspens²⁰⁰, qu'il s'agisse de sa justification²⁰¹, de sa portée ou de ses conséquences²⁰².

Comme dans le cas précédent, certains auteurs se sont imaginé découvrir des rapports étroits entre la *clausula rebus sic stantibus* et l'abus de droit. En fait, ces deux notions présentent entre elles quelques lointaines analogies.

Tout d'abord, en autorisant une partie à se dégager de ses obligations lorsque les circonstances matérielles se transforment fondamentalement et de manière imprévisible, la règle de la *clausula* adapte une situation juridique à un nouvel état de fait. Elle permet ainsi d'éviter les résultats néfastes auxquels pourrait conduire une stricte application des dispositions

du traité ou de la convention. Or tel est également, dans les grandes lignes, le rôle que la doctrine assigne au principe de l'abus de droit ²⁰³.

D'autre part, l'abus de droit et la *clausula* contiennent tous deux un danger non négligeable ; appliqués avec prudence et discrimination, ils peuvent rendre d'appréciables services, mais maniés à tout propos, ils permettent d'éluder trop facilement les règles de droit existantes, pour des motifs plus ou moins valables ²⁰⁴.

Mais les différences sont fondamentales : en premier lieu, les sphères d'application de l'abus de droit et de la *clausula* se recouvrent rarement. En effet, si le premier régit l'ensemble des droits subjectifs, la *clausula* ne s'étend qu'à une partie d'entre eux. Liée à la volonté des parties, elle ne peut se manifester en dehors des obligations conventionnelles ²⁰⁵. Elle se limite donc aux traités et conventions ou, selon la terminologie anglaise, aux droits proprement dits ou *sensu stricto*. Un conflit entre l'abus de droit et la *clausula* n'est donc possible que dans ce domaine restreint.

Est-ce à dire qu'alors les deux règles se recouvrent ? En d'autres termes, revient-il au même, devant un changement des circonstances de fait, d'invoquer la *clausula* ou d'alléguer que la partie adverse, qui prétend exercer un droit conféré par le traité ou la convention, abuse en réalité de ce droit ²⁰⁶ ? Telle fut en substance la position du Gouvernement belge dans l'affaire des prises d'eau de la Meuse, lorsque, dans sa duplique, il demanda à la Cour de dire « que la Partie demanderesse commet un abus de droit en invoquant le Traité du 18 mai 1863 en faveur de la protection d'intérêts nouveaux (canal Juliana et Meuse canalisée) qui n'étaient pas envisagés lors de sa conclusion, alors que les intérêts pour la sauvegarde desquels le susdit traité était intervenu ne sont nullement menacés ²⁰⁷ ». Malheureusement, la Cour ne répondit pas à cette question.

A notre avis pourtant, il n'y a pas identité des deux principes, car leur mécanisme diffère profondément. La théorie de l'abus n'attaque en effet pas le droit en tant que tel, mais seulement un certain exercice. La *clausula* en revanche agit différemment : lorsque le changement des circonstances de fait atteint le degré nécessaire, il entraîne, ainsi qu'on l'admet généralement aujourd'hui, la caducité du traité ou de la convention, sinon dans son tout, du moins en partie ²⁰⁸. La *clausula* attaque donc le droit de front, en tant que tel, et la partie adverse voit s'éteindre le droit qu'elle prétendait exercer. Or, si le droit n'existe plus, comment pourrait-elle en abuser ? Comme l'ont justement souligné Borel et Politis dans leur rapport à l'Institut de droit international, « dans un conflit de ce genre, ce n'est pas, à proprement parler, l'usage abusif d'un droit reconnu pour lui-même qui est en cause, c'est plutôt le droit même, au point de vue de son étendue, qui est mis en question ²⁰⁹ ».

L'abus de droit et la *clausula rebus sic stantibus* constituent donc deux notions totalement différentes, même si leurs buts se ressemblent et si parfois leurs domaines d'application se recouvrent. Loin d'être un facteur positif en faveur du principe de l'abus de droit, cette situation prouve dans un nouveau domaine, certes limité, son inutilité. La *clausula*, admise dès Grotius en droit des gens, constitue aujourd'hui une règle dont l'existence est incontestable, même si elle ne sert que de moyen très subsidiaire²¹⁰. Il n'y a dès lors aucune raison de chercher à la détrôner au profit de l'abus de droit, principe tout aussi difficile à appliquer et dont la reconnaissance en droit international est des plus contestées.

CHAPITRE IX

LES EFFETS PRÉSUMÉS DE LA THÉORIE DE L'ABUS DE DROIT EN DROIT INTERNATIONAL

Il nous reste à examiner, dans un dernier chapitre, quels pourraient être les effets de l'abus de droit en droit international.

A supposer son admission en droit des gens, la théorie de l'abus de droit serait apparemment appelée à jouer un double rôle. Elle déploierait premièrement des effets strictement relatifs aux cas particuliers auxquels elle s'appliquerait. Ces effets peuvent être qualifiés de statiques. En second lieu, par une utilisation répétée, elle permettrait d'influencer l'évolution du droit international, produisant ainsi des effets dynamiques.

Ce chapitre il est vrai se trouve quelque peu en marge des précédents. Cependant, tout en préparant la voie aux conclusions finales, il permettra de montrer une fois de plus l'inutilité pratique de la théorie de l'abus de droit.

1. Effets statiques Lorsque nous avons examiné, en droit interne, le mécanisme de l'abus de droit, nous avons abouti aux conclusions suivantes : si l'application d'une norme juridique conduit à des résultats choquants ou indésirables, le juge, grâce à la théorie de l'abus de droit, possède la faculté d'écarter la règle en question et de trancher le litige indépendamment de la réglementation légale, au plus près de sa conscience personnelle.

Cette porte ouverte à la « loi du juge » comporte à la fois des avantages et des inconvénients. Au nombre des éventuels avantages, l'on doit mentionner le fait suivant : il arrive parfois que, dans un cas particulier, le système juridique n'offre que des solutions insatisfaisantes. Faut-il dès lors appliquer strictement les dispositions prévues ou permettre un écart

en faveur du sentiment de l'équité et de la justice? En définitive, la réponse variera selon que l'on s'imagine les hommes faits pour la loi ou la loi pour les hommes. Or, la théorie de l'abus de droit, selon ses partisans, apporterait quelque remède en permettant d'adapter une règle déficiente à des circonstances de fait inhabituelles. Elle servirait ainsi à « conserver le droit plus propre ²¹¹ », en éliminant les cas où l'application de la loi ne donne pas entière satisfaction.

Certains auteurs ont toutefois minimisé la portée de ces effets car, disent-ils, l'abus de droit ne fournit qu'une solution négative : sur cette base, le juge serait autorisé à rejeter la prétention de l'auteur d'un acte abusif, mais non pas à résoudre le différend de manière constructive ²¹². Un simple regard jeté sur la pratique suivie par les tribunaux internes suffit cependant à prouver le non-fondé de cette objection : une fois écartée la règle en question, le juge procède à une pesée des intérêts en présence. Il peut, certes, refuser de donner suite à une demande jugée inacceptable, mais il n'est pas réduit à cette seule possibilité. Selon les circonstances, il lui est loisible de déterminer lui-même la manière dont les divers intérêts en présence doivent être protégés et de contraindre la partie responsable, soit à remédier à l'état des choses par l'exécution de certains travaux, soit à présenter des excuses à l'Etat lésé s'il s'agit d'une atteinte immatérielle, soit encore à verser une somme déterminée à titre de dommages-intérêts.

En revanche, les inconvénients ne manquent pas et la théorie de l'abus de droit rencontra bien vite de nombreux adversaires ²¹³. Ce contrôle discrétionnaire accordé au pouvoir judiciaire conduit facilement à des excès, sur lesquels nous nous sommes déjà suffisamment étendu, en particulier à l'occasion de l'examen du droit soviétique. Certes, à l'heure actuelle, ces dangers sont tempérés par la prudence extrême des tribunaux internes ; l'abus de droit, lorsqu'il est utilisé, sert de moyen subsidiaire et joue un rôle fort secondaire. Mais la menace n'en est pas éloignée pour autant, car lorsque l'on invoque l'abus de droit, il apparaît extrêmement facile d'ignorer l'existence des dispositions légales sur des prétextes plus ou moins valables.

En droit international, cet argument conserve sa valeur, mais d'autres raisons plus importantes viennent encore s'y ajouter. Au cours de cette dernière partie en effet, nous avons constaté que le droit international contient divers moyens susceptibles de remplacer avantageusement la règle de l'abus de droit. Par conséquent, si l'abus de droit possède une certaine signification en droit interne, il la perd en droit international en raison notamment du caractère relativement primitif de cet ordre juridique.

Politis, il est vrai, est d'un avis contraire : l'abus de droit, dit-il, s'applique par excellence dans les systèmes juridiques peu évolués, et par conséquent en droit international ²¹⁴. A nos yeux pourtant, le principe de

l'abus de droit, s'il est inutile dans un ordre juridique parfait, ne l'est pas moins dans un système souple et élastique. Lorsque la réglementation fait preuve d'une extrême minutie, certaines circonstances imprévues ou nouvelles peuvent parfois justifier l'intervention de ce principe ; mais tel n'est pas le cas du droit international actuel. Les situations choquantes ou indésirables, résolues dans certains ordres juridiques internes grâce à la théorie de l'abus de droit, le sont, en droit international, par d'autres moyens.

2. Effets dynamiques Aux dires de ses partisans, la théorie de l'abus de droit déploierait en droit international des effets dynamiques extrêmement importants car, si elle était adoptée, elle constituerait l'un des facteurs essentiels de l'évolution de ce système juridique. En effet, selon Politis, son plus ardent défenseur, elle permettrait aux normes juridiques de se développer et de se manifester, en signalant « aux yeux de tous l'existence d'une règle de droit déjà née, mais pas encore aperçue... ». « Il n'y a là rien de surprenant, dit-il, pour qui sait qu'à l'instar de toutes les autres règles du droit, celles du droit international, issues des besoins économiques et lentement formées dans la conscience juridique des peuples, restent longtemps ignorées jusqu'au jour où leur violation répétée, par la réaction sociale qu'elle produit, vient attester et mettre en lumière leur existence ²¹⁵. » Selon ce raisonnement, lorsqu'un changement se produit dans la conscience juridique internationale, lorsqu'un acte, jusqu'alors normal, acquiert un caractère condamnable, mais qu'aucune règle de droit ne vient consacrer cette modification, la théorie de l'abus de droit permettrait de remplir cette nouvelle fonction. Elle se retirerait par la suite en faveur de la norme ainsi aperçue, qui serait alors directement appliquée.

Selon les partisans de l'abus de droit, les effets dynamiques de ce principe se manifestent de deux manières différentes. L'influence essentielle se marque dans le domaine du droit coutumier. En effet, disent-ils, lorsque la théorie de l'abus de droit s'applique de manière identique à divers cas semblables, le caractère de la force obligatoire de la règle ainsi aperçue s'impose de plus en plus, jusqu'au jour où celle-ci, suffisamment mûre, acquiert son indépendance. Ainsi, par exemple, à propos de la fermeture des ports, Politis s'écrie : « Cette application de l'idée de l'abus de droit a été admise de bonne heure dans la pratique. Elle est même devenue si courante, qu'elle a fini par être convertie en règle technique dans le cas spécial du blocus ²¹⁶. » L'on pourrait d'ailleurs en dire autant de la plupart des exemples précédemment cités et nombreux furent les auteurs séduits par cette fonction évolutive de la théorie de l'abus de droit ²¹⁷. Pour certains même, elle constitue la seule explication juridique possible de la naissance des règles coutumières ²¹⁸.

En second lieu la théorie de l'abus de droit, selon ses partisans, influence également le droit conventionnel. A vrai dire, elle ne s'inscrit pas telle quelle dans les traités ou conventions, mais en constitue la source. Elle permet à l'arbitre ou au juge d'énoncer des principes de base dont l'application pratique se traduira par une réglementation conventionnelle. Tel fut par exemple le cas de la « Donauversinkung », où le Tribunal d'Empire allemand, en raison des innombrables complications de détail soulevées par cette affaire, conseilla aux parties de résoudre leur différend par une convention, inspirée des principes de l'arrêt²¹⁹. Cette influence sur le droit conventionnel demeure cependant fort secondaire, car en plus de la rareté des précédents, il est nécessaire de démontrer que ceux-ci illustrent réellement la théorie de l'abus de droit, ce qui, à notre avis, n'est du moins pas le cas dans l'affaire de la « Donauversinkung »²²⁰.

Hostile à la théorie de l'abus de droit en matière internationale, nous ne pouvons évidemment pas reconnaître ses effets dynamiques. Est-ce là une lacune ? Ne serait-il pas justifié d'introduire en droit international un principe aussi énergique, perpétuel créateur d'innombrables règles spécifiques et qui, par surcroît, propose une solution facile à la plupart des litiges ? Certes, à l'heure actuelle, le droit international constitue un système juridique particulièrement imparfait ; trop de domaines abandonnés à la liberté discrétionnaire des Etats nécessiteraient une réglementation plus précise, et si la théorie de l'abus de droit pouvait y remédier, nous serions les premiers à y souscrire. Mais cette tâche ne peut se résumer dans l'énoncé d'un seul principe général. Une règle aussi vague, simpliste et utopique ne peut véritablement entraîner des résultats concrets appréciables²²¹.

En fait, lorsque Politis et ses disciples voient en l'abus de droit l'origine de la majorité des règles de droit coutumier, ils posent d'une manière originale le problème de la naissance de la coutume internationale²²². Par une théorie très élégante, ils en cachent la véritable face, en dépit de leurs louables intentions. Toute nouvelle règle coutumière se manifeste préalablement dans la pratique diplomatique sous la forme d'un usage dépourvu de caractère juridique. Elle ne devient norme juridique que lorsqu'elle possède l'*opinio juris* et satisfait ainsi le second critère de la coutume. Sa naissance est si difficile à déterminer avec précision que l'on peut chaque fois en voir l'apparition là où plusieurs auteurs ne distinguent qu'un abus de droit²²³. Lorsqu'un tribunal international applique une nouvelle règle coutumière, il estime qu'elle a atteint un degré de maturité suffisant et possède une force obligatoire. Mais aussi attrayante que soit la théorie de Politis, il ne saurait y avoir de caractère juridique sans force obligatoire.

Une dernière question se pose concernant l'influence du principe de l'abus de droit sur le développement du droit international. Les partisans

de l'abus de droit prétendent que ce principe permettrait au droit international de réaliser d'importants progrès ²²⁴. Mais ne devrait-on pas plutôt craindre que l'inverse ne se produise, que la reconnaissance de l'abus de droit en droit des gens ne conduise à discréditer les autorités arbitrales ou judiciaires et n'entraîne un ralentissement de leur activité?

En effet, contrairement à la juridiction de droit interne, la juridiction internationale est facultative. Les Etats, dans la mesure où ils n'ont pas admis sans réserve la juridiction obligatoire de la Cour, conformément à la disposition de l'article 36, chiffre 2, du statut, ou un traité d'arbitrage obligatoire, ne peuvent être contraints de soumettre leurs litiges à la Cour internationale de Justice ²²⁵. Par conséquent, il est possible de s'imaginer que si le principe de l'abus de droit était adopté parmi les règles du droit international, les Etats, craignant les excès auxquels pourrait conduire l'application de cette norme, éviteraient de s'en remettre à une autorité arbitrale ou judiciaire.

A notre avis, ce danger est minime ; si l'on examine la pratique suivie en droit interne, l'on constate qu'actuellement, les tribunaux manifestent à l'égard de l'abus de droit une prudence considérable et évitent de l'invoquer à tout propos. Il en serait sans doute de même en droit international, et la Cour de La Haye, d'ailleurs, se montra fort prudente lorsqu'à de rares reprises elle effleura le problème de l'abus de droit.

Cependant, un certain péril n'en existe pas moins et nous ne doutons pas un instant qu'une application à la lettre des thèses exposées par Politis produirait en droit international de sérieux conflits, susceptibles d'envenimer les rapports internationaux, d'affaiblir le prestige des autorités arbitrales ou judiciaires et de ralentir le développement du droit international plutôt que de l'accélérer. Vaut-il la peine de courir ce danger ? Si la théorie de l'abus de droit présentait par ailleurs de notables avantages, nous n'hésiterions pas à répondre par l'affirmative. Mais les cas où l'abus de droit pourrait rendre des services sont fort rares, si même ils existent, de sorte qu'à notre avis, le jeu n'en vaut pas la chandelle et il est préférable de renoncer en droit international à la théorie de l'abus de droit.

CONCLUSIONS

Au terme de cette étude, nous voici dans l'obligation de porter en quelque sorte une appréciation générale sur le concept d'abus de droit et de prendre du même coup position au sein de la controverse qui, sous l'impulsion de Politis, divisa la doctrine internationale.

Diverses raisons majeures furent à notre avis la cause de ces divergences et valurent à la théorie de l'abus de droit une popularité considérable, du moins dans la période de l'entre-deux-guerres. En tout premier lieu, l'on doit mentionner l'ambiguïté de l'expression « abus de droit ». Selon le sens donné tour à tour aux mots « abus » et « droit », la portée du concept d'abus de droit se modifie sensiblement. Aussi n'est-il pas étonnant que si les uns y voient un principe tentaculaire, susceptible de s'adapter aux circonstances les plus diverses, d'autres lui attribuent une signification plus restreinte et un rôle plus limité. Envisagé sous cet angle, le problème se confîne donc à une question de définition.

En second lieu, la nature du droit international lui-même fournit également matière à controverse. Système juridique primitif, à la réglementation souvent lâche et imparfaite, le droit des gens accorde fréquemment aux Etats une large liberté d'action et des pouvoirs discrétionnaires. L'étendue de ces pouvoirs, encore considérable à l'heure actuelle, empêche dans une mesure importante le développement du droit des gens, et c'est la raison pour laquelle la doctrine s'efforce de proposer de nouvelles limitations. Il n'est dès lors pas surprenant que certains auteurs se soient imaginé découvrir dans la théorie de l'abus de droit un moyen idéal susceptible de remplir cette fonction.

S'il nous fallait véritablement prendre place dans un groupe déterminé, en raison de notre attitude à l'égard de l'abus de droit, nous choisirions sans doute celui des sceptiques, car nous ne pouvons accorder à la théorie de l'abus le rôle que certains juristes cherchent à lui conférer. Si un certain enthousiasme se justifiait à la rigueur au cours des premières années d'existence de la Société des Nations, la méfiance des tribunaux internationaux doit cependant, avec le recul dont nous bénéficions aujourd'hui, inspirer une certaine prudence. Certes, appliquée avec modération et discernement, la théorie de l'abus de droit permettrait éventuellement de rendre quelques modestes services, en barrant notamment la route de ceux qui, à la manière de Shylock, prétendent exercer égoïstement leurs droits dans toute leur rigueur et leur dureté, sans se soucier des dommages qu'ils causent à autrui.

Mais les avantages que pourrait procurer la théorie de l'abus de droit sont extrêmement faibles et, en fait, contrairement à ce que prétendent ses défenseurs, elle n'est pas indispensable en droit des gens. En droit interne déjà, ainsi que nous l'avions vu au cours des premières pages de cette étude, l'abus de droit joue un rôle subsidiaire. Ce caractère s'accroît encore en droit international. Ainsi que l'admet Scerni dans les conclusions de son ouvrage, ce serait rendre un mauvais service à la cause du droit international que de chercher à y introduire un tel principe, car le droit des gens ne remplit pas pour l'instant les conditions nécessaires à son admission. En raison du caractère primitif et souvent imprécis des règles du droit international, la théorie de l'abus de droit, elle-même caractérisée par une élasticité et une imprécision considérables, y perd toute son utilité. Remédier à l'imprécision par une nouvelle imprécision ne peut conduire à des résultats positifs. Une autre tâche, certes plus ardue, s'offre aux juristes internationaux : conscients des imperfections du système, praticiens et théoriciens doivent s'efforcer de développer et de préciser la réglementation déjà existante. Mais le principe de l'abus de droit ne leur serait d'aucun secours et, en définitive, nous demeurons persuadés que sans l'expression malheureuse et ambiguë d'abus de droit, cette notion, qui jouit aujourd'hui encore d'une popularité trop grande et imméritée, n'aurait jamais vu le jour.

NOTES DE LA TROISIÈME PARTIE

¹ Voir plus haut, p. 82.

² Ces quatre termes constituent une adaptation au cas particulier de la CECA des concepts classiques du droit administratif français : incompétence, vice de forme, violation de la loi et détournement de pouvoir. Cf. disposition analogue à l'art. 173 du Traité du 25. 3. 1957 instituant la Communauté européenne (Marché commun), et à l'art. 146 du Traité du 25. 3. 1957 instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom).

³ Voir plus haut, pp. 41-43. Sur la Cour de Justice de la CECA, voir : A. ANTOINE, *La Cour de Justice de la CECA et la CIJ*, RGDIP 1953 p. 210 ; J. BOULOUIS, *Cour de Justice de la CECA*, Annuaire français, 1955 p. 312 ; D. G. VALENTINE, *The Court of Justice of the ECSC* ; A. VAN HOUTTE, *La Cour de Justice de la CECA*, Annuaire européen, 1956 p. 183, avec importante notice bibliographique, pp. 210-212 ; L. DELVAUX, *La Cour de Justice de la CECA*.

⁴ L. KOPELMANAS, *Cour de Justice de la CECA*, Revue de droit public, 1955 p. 96.

⁵ Art. 33/1 du Traité.

⁶ Les cinq premiers arrêts de la Cour traitent tous du détournement de pouvoir : arrêt du 21. 12. 1954, Gouvernement de la République française c. Haute Autorité (HA), Journal officiel (JO) de la CECA, 1955 p. 557 ; arrêt du 21. 12. 1954, Gouvernement de la République italienne c. HA, JO 1955 p. 573 ; arrêt du 11. 2. 1955, « Assider » c. HA et « Isa » c. HA, JO 1955 pp. 627 et 631 ; arrêt du 18. 7. 1955, Kergall c. Assemblée commune, JO 1955 p. 879.

⁷ Arrêt du 21. 12. 1954, République française c. HA.

⁸ J. BOULOUIS, *Cour de Justice de la CECA*, Annuaire français, 1955 p. 315.

⁹ Annuaire IDI 1927 II pp. 750 ss.

¹⁰ OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 498 ; E. D. DICKINSON, *Treaties for the prevention of smuggling*, AJIL 1926 p. 340. Entre 1924 et 1925, les USA conclurent des traités identiques avec les Etats suivants : Grande-Bretagne, Norvège, Danemark, Allemagne, Suède, Italie, Panama, Pays-Bas, France, Belgique, Espagne, Japon, Canada et Mexique. Les deux derniers diffèrent cependant dans leurs modalités, car ils s'efforcent de lutter contre la contrebande par terre, contrairement aux premiers destinés à combattre la contrebande par mer.

¹¹ La version anglaise parle d'« improprie or unreasonable exercise », tandis que le texte français mentionne un « exercice indû ou déraisonnable des droits » (art. 4 du Traité anglo-américain du 23. 1. 1924, SDN, Recueil des Traités, XXVII p. 184, et art. 4 du Traité franco-américain du 30. 6. 1924, SDN, Recueil des Traités, LXI p. 418.

¹² Voir plus haut, p. 38.

¹³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, pp. 271-272.

¹⁴ Ann. Dig. 1927-1928, cas N° 86 (trad.).

¹⁵ STOWELL, *International law*, pp. 124 et 171.

¹⁶ G. SCHWARZENBERGER, *Fundamental principles*, RCADI 1955 I p. 305.

¹⁷ Cf. J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1936 IV p. 508 : « Les idées des juristes sur les caractères de la coutume n'ont atteint ni à l'unité, ni à la clarté. »

¹⁸ RCPJI série A N° 1 p. 25 ; série B N° 12 p. 30 ; RCIJ 1950 p. 276 ; 1952 pp. 199 ss et 219 ss ; cf. H. W. BRIGGS, *The Colombian-Peruvian asylum case and the proof of customary international law*, AJIL 1951 p. 728 ; M. HAGEMANN, *Die Gewohnheit als*

Völkerrechtsquelle in der Rechtssprechung des internationalen Gerichtshofes, Annuaire suisse, 1953 p. 61.

¹⁹ SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, pp. 85 ss, spéc. p. 101 ; J. L. KUNZ, *The nature of customary international law*, AJIL 1953 pp. 666 ss, spéc. pp. 668-669, série d'exemples où l'auteur se demande s'il s'agit d'un usage ou d'une règle coutumière récemment créée ; Ch. DE VISSCHER, *Coutume et traité en droit international public*, RGDIP 1955 pp. 353-357.

²⁰ RCPJI série A N° 10 p. 28 ; cf. l'interprétation qu'en tire SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, p. 110.

²¹ Juge Nyholm, RCPJI série A N° 9 p. 60 ; juge Altamira, *ibid.*, p. 97 ; juge Negulesco, série B N° 14 p. 114 ; juge Azevedo, RCIJ 1950 p. 336 ; juge Castilla, *ibid.*, p. 369.

²² KOPELMANAS, *Custom as a mean of the creation of international law*, BYB 1937 p. 127.

²³ Kelsen, *Théorie du droit international coutumier*, Revue internationale de la théorie du droit, 1939 pp. 253-274 ; P. GUGGENHEIM, *Les deux éléments de la coutume en droit international*, dans La technique et les principes du droit public, études en l'honneur de Georges Scelle, I p. 275.

²⁴ W. HEINRICH, *Recherches sur les problématiques du droit coutumier*, dans Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de F. Gény, II pp. 288-289 ; SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, pp. 105 ss ; J. L. KUNZ, *The nature of customary international law*, AJIL 1953 p. 665 ; Ch. DE VISSCHER, *Coutume et traité en droit international public*, RGDIP 1955 p. 357.

²⁵ P. Guggenheim par exemple, ayant repoussé l'*opinio juris*, admet que « l'existence d'une coutume doit être considérée comme prouvée dès que les actes positifs ou négatifs qui se répètent deviennent l'expression d'une conduite que les organes compétents pour appliquer une règle qualifient de coutume » (*Les deux éléments de la coutume*, pp. 280-281).

²⁶ M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, p. 127.

²⁷ Kiss, *L'abus de droit*, p. 23.

²⁸ Voir plus haut, pp. 35-39.

²⁹ Cf. K. STRUPP, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, p. 120 note 1 : « Ich lehne das Bestehen eines Abus de droit als einer selbständigen Rechtsnorm ab » ; dans le même sens : G. SCHWARZENBERGER, *International law*, I p. 449.

³⁰ Voir plus haut, pp. 57-59.

³¹ Cf. excellente étude par SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, chap. VI, envisagée sous l'angle pratique mais accompagnée d'un résumé des diverses opinions théoriques ; GUTTERIDGE, *The meaning and scope of article 38 (1) (c) of the Statute of the ICJ*, Grotius Society, Transactions, 38 (1952), p. 125, avec remarque de B. CHENG, p. 128.

³² CHENG, *General principles of law as a subject for international codification*, CLP 1951 p. 37 ; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 30 ; cf. Eastern Extension Australasia and China Telegraph Cy. Ltd., RSAONU VII p. 114 : « The function of jurisprudence is to resolve the conflict opposing rights and interests by applying, in default of any specific provision of law, the corollaries of general principles, and so to find—exactly as in the mathematical sciences—the solution of the problem. »

³³ Le projet initial du baron Descamps, président du Comité de juristes chargé d'établir une CPJI, prévoyait « les règles du droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés », CPJI, Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 306 ; le recours au droit naturel n'est pas nécessairement obligatoire selon la doctrine subséquente : cf. CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1929 I p. 544 ; LE FÜR, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1935 IV p. 207 ; J. H. W. VERZIJL, *La base des jugements internationaux au cours de l'histoire*, RGDIP 1955 pp. 404-405.

³⁴ LAUTERPACHT, *Private law sources and analogies of international law*, p. 69; K. STRUPP, *Le droit du juge international de statuer selon l'équité*, RCADI 1930 III p. 475; SCHEUNER, *L'influence du droit interne sur la formation du droit international*, RCADI 1939 II pp. 148 ss; C. ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 70; GUGGENHEIM, *Traité*, I p. 153; cf. l'évolution significative des théories de VERDROSS, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, pp. 59-62; *Rapport à l'Institut de droit international*, Annuaire IDI 1932 pp. 283 ss, spéc. p. 290; *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, RCADI 1935 II pp. 195 ss; *Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux*, RGDIP 1938 pp. 44 ss.

³⁵ RCPJI série A N° 6 p. 20; N° 9 p. 31; N° 10 p. 31; N° 17 p. 29; RCIJ 1951 p. 23; 1952 p. 83 et pp. 162-163; 1953 p. 21. Exemple typique de la manière d'agir de la Cour: « C'est, du reste, un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale aussi bien que par les juridictions nationales, que... » (RCPJI série A N° 9 p. 31).

³⁶ Série A N° 10 p. 18.

³⁷ SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, p. 142.

³⁸ Parmi les partisans de l'abus de droit: CPJI, Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances, 16 juin-24 juillet 1920, pp. 314-315; W. SCHÜCKING, *Le développement du Pacte de la SDN*, RCADI 1927 V p. 429; SPIROPOULOS, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, p. 35; LEIBHOLZ, *Das Verbot der Willkür*, ZaöR 1929 pp. 120-125; M. SIBERT, *L'affaire des téléphones de Colombie*, RGDIP 1931 p. 689; SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, ZVR 1933 p. 388; GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 43; LE FUR, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1935 IV p. 207; LAUTERPACHT, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1937 IV p. 342; VAN BOGAERT, *Het rechtsmisbruik in het volkenrecht*, pp. 113-114; VAN DER MOLEN, *Misbruik van recht in het volkenrecht*, p. 273; C. ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 70; GUGGENHEIM, *Traité*, I p. 154; UNITED NATIONS, *International law commission*, AJIL 1954, supp. p. 41; VERDROSS, *Völkerrecht*, p. 126; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 346.

Parmi les adversaires: CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1929 I p. 544; SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 79-83; FEDOZZI-ROMANO, *Trattato*, I p. 532; R. AGO, *Le délit international*, RCADI 1939 II p. 443.

³⁹ Voir plus haut, p. 13; cette méthode ne fut jamais effectivement appliquée par la CIJ. Au contraire, elle affirma même qu'il n'était pas dans son devoir d'étudier tous les systèmes de droit interne: RCPJI série A N° 2 p. 10.

⁴⁰ R. AGO, *Le délit international*, RCADI 1939 II p. 443; dans le même sens: SCERNI, *L'abuso di diritto*, pp. 79-81; FEDOZZI-ROMANO, *Trattato*, I pp. 532-533; SCHWARZENBERGER, *The fundamental principles*, RCADI 1955 I pp. 306-307, pour qui ce fait devrait inspirer à la doctrine une plus grande prudence.

⁴¹ SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, p. 141.

⁴² Voir p. 52, note 11.

⁴³ RCPJI série A N° 7 p. 30; N° 46 p. 167; cf. SCHWARZENBERGER, *International law*, I p. 47.

⁴⁴ Opinion individuelle du juge McNair dans l'avis consultatif sur le Statut international du Sud-Ouest africain, RCIJ 1950 p. 148; cf. B. CHENG, *General principles of law as a subject for international codification*, CLP 1951 p. 39.

⁴⁵ SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, p. 150.

⁴⁶ Sur la prudence dans l'utilisation des maximes latines, cf. G. SCHWARZENBERGER, *Fundamental principles*, RCADI 1955 I pp. 209-210.

⁴⁷ LA PRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, I pp. 512-544.

⁴⁸ *Ibid.*, II pp. 637-667; cf. toutefois B. CHENG, *General principles of law*, p. 139 note 7.

⁴⁹ Voir plus bas, pp. 123-127.

⁵⁰ RCPJI série A N° 7 p. 30 et N° 46 p. 167.

⁵¹ SCHEUNER, *L'influence du droit interne sur la formation du droit international*, RCADI 1939 II p. 149.

⁵² GUGGENHEIM, *Traité*, I p. 156.

⁵³ RCPJI série A N° 10 pp. 16-17.

⁵⁴ Cf. F. CASTBERG, *La méthodologie du droit international public*, RCADI 1933 I p. 370 ; J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1936 IV pp. 503-504 ; GIHL, *International legislation*, p. 107 ; ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 70.

⁵⁵ Cf. CH. DE VISSCHER, *Contributions à l'étude des sources du droit international*, RDILC 1933 pp. 406-407 ; VERDROSS, *Les principes généraux du droit comme source du droit des gens*, Annuaire IDI 1932 p. 289 ; SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, pp. 115 ss ; GUGGENHEIM, *Traité*, I pp. 156-157 ; G. SCHWARZENBERGER, *The fundamental principles*, RCADI 1955 I, spéc. pp. 201-204.

Telle est d'ailleurs l'attitude que semble également admettre la doctrine soviétique : « Malgré la variété des normes du Droit International... il existe néanmoins des principes qui déterminent les bases profondes des relations internationales dans une époque d'histoire donnée et qui ont la force obligatoire pour tous les Etats sans tenir compte s'ils sont appliqués en raison de la force de la coutume ou en raison de celle des conventions internationales. C'est ce que l'on appelle les principes généraux ou fondamentaux de Droit International unanimement reconnus... La doctrine soviétique juridique non seulement reconnaît l'existence des principes fondamentaux du Droit International, mais aussi souligne leur signification. » A. VYCHINSKI, *Vocabulaire diplomatique* (Moscou, 1950), II p. 124, cité et traduit par I. LAPENNA : *Conceptions soviétiques de droit international public*, p. 162.

⁵⁶ VERDROSS, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, RCADI 1935 II pp. 242-243 ; SCHEUNER, *L'influence du droit interne*, RCADI 1939 II p. 149 ; dans le même sens, mais pour des raisons religieuses : G. VAN DER MOLEN, *Misbruik van recht*, pp. 293 ss.

⁵⁷ KISS, *L'abus de droit*, p. 190.

⁵⁸ FEDOZZI-ROMANO, *Trattato*, I p. 532.

⁵⁹ G. SCHWARZENBERGER, *The fundamental principles*, RCADI 1955 I pp. 304-320.

⁶⁰ *Ibid.*, spéc. p. 314.

⁶¹ Voir plus haut, pp. 37-39 et 56-59.

⁶² *Ibid.*, pp. 57-59.

⁶³ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I pp. 108-109.

⁶⁴ Cf. réponse de Huber au rapport de Borel et Politis, Annuaire IDI 1927 II pp. 770-771 ; FEDOZZI-ROMANO, *Trattato*, I p. 530 ; KISS, *L'abus de droit*, p. 194.

⁶⁵ Par exemple, la sentence non motivée du Roi de Prusse en l'affaire du port de Portendick, fréquemment mentionnée à tort comme précédent en matière d'abus de droit : LA PRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, I p. 525.

⁶⁶ M. SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 58 (trad.).

⁶⁷ *Ibid.*, p. 57 (trad.).

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 119-120.

⁶⁹ KISS, *L'abus de droit*, p. 89 ; cf. ROLIN, *Les principes de droit international public*, RCADI 1950 II pp. 457-458.

⁷⁰ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 88.

⁷¹ LAUTERPACHT, *The function of law*, p. 287 et surtout p. 298 ; dans le même sens : W. FRIEDMANN, *Legal theory*, p. 393.

⁷² RCIJ 1955 pp. 4 ss., spéc. p. 26 ; voir plus haut, pp. 59-62.

⁷³ SCHWARZENBERGER, *Fundamental principles*, RCADI 1955 I p. 217.

⁷⁴ STOWELL, *Intervention in international law*, p. 452.

⁷⁵ OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 289 (trad.) ; voir aussi pp. 286 et 288 ; SCHWARZENBERGER, *Fundamental principles*, RCADI 1955 I p. 218.

⁷⁶ RCPJI série A N° 9 p. 18.

⁷⁷ Large définition formulée par J. ANDRASSY, *Les relations internationales de voisinage*, RCADI 1951 I p. 79 ; sur le droit de voisinage, voir aussi THALMANN, *Grundprinzipien des modernen zwischenstaatlichen Nachbarrechts*.

⁷⁸ Parmi les études récentes : G. SAUSER-HALL, *L'utilisation industrielle des fleuves internationaux*, RCADI 1953 II pp. 471 ss. ; G. SAUSER-HALL, *Aspect juridique de l'aménagement hydro-électrique des fleuves et lacs d'intérêt commun*, ONU, Commission économique pour l'Europe, Comité de l'énergie électrique, E/ECE/136 - E/ECE/EP. 98. Rev. 1. Genève, 1952 ; C. EAGLETON, *International rivers*, AJIL 1954 pp. 287-289 ; *Inland water rights*, Rapport de la 46^e conférence de l'Association de droit international, Edimbourg, 1954, pp. 309 ss ; F. J. BERBER, *Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechtes* ; A. YAZDI, *L'utilisation hydro-électrique des voies d'eau internationales* ; J. BASDEVANT, *Contribution à l'étude du régime juridique de l'utilisation domestique agricole et industrielle des eaux*, pp. 9-25 ; SCHÄTZEL, *Tagung des IDI in Granada*, Archiv des Völkerrechts, 1957 p. 61.

⁷⁹ SÉFÉRIADÈS, *Principes généraux du droit international de la paix*, RCADI 1930 IV p. 407 ; KISS, *L'abus de droit*, pp. 22-36 ; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 346.

⁸⁰ Abondante jurisprudence chez SAUSER-HALL, *L'utilisation industrielle*, RCADI 1953 II pp. 491-516 ; KISS, *L'abus de droit*, pp. 22-36.

⁸¹ ANDRASSY, *Les relations*, RCADI 1951 II pp. 102-109 ; SAUSER-HALL, *L'utilisation industrielle*, RCADI 1953 II p. 516.

⁸² Rapport de L. de Bar, Annuaire IDI, 1911 p. 169 ; également pp. 157 et 162.

⁸³ ATF IV p. 46.

⁸⁴ Cf. G. SAUSER-HALL, *L'utilisation industrielle*, RCADI 1953 II pp. 503-504. Dans l'affaire de la « Donauversinkung », le Tribunal d'Empire allemand appliqua également le même principe. Voir plus haut, p. 69.

⁸⁵ J. W. GARNER, *The Chicago sanitary district case*, AJIL 1928 pp. 837-840 ; HACKWORTH, *Digest*, I pp. 618-623 ; H. A. SMITH, *The Chicago diversion*, BYB 1929 pp. 144-157 ; J. Q. DEALEY, *The Chicago canal and the St-Lawrence development*, AJIL 1929 pp. 307-328 ; J. W. GARNER, *The Great Lakes diversion case*, BYB 1931 p. 202 ; KISS, *L'abus de droit*, pp. 32-33 ; SAUSER-HALL, *L'utilisation industrielle*, RCADI 1953 II pp. 512-516.

⁸⁶ MOORE, *Digest*, I p. 654.

⁸⁷ A. M. HIRSCH, *Utilization of international rivers in the Middle East*, AJIL 1956 p. 222 ; F. J. FOWLER, *The Indo-Pakistan water dispute*, YBWA 1955 p. 101 ; F. BLEIBER, *Kashmir*, Archiv des Völkerrechts, 1955-1956 pp. 125-126.

⁸⁸ Selon G. Sauser-Hall, la solution se trouverait plutôt dans les mains des techniciens, RCADI 1953 II pp. 472-473 et 557-558.

⁸⁹ KISS, *L'abus de droit*, p. 28.

⁹⁰ SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, p. 386.

⁹¹ PHILLIMORE, *Droits et devoirs fondamentaux des Etats*, RCADI 1923 p. 222.

⁹² Voir plus haut, pp. 33-34.

⁹³ ATF 26 I p. 444, cons. 3.

⁹⁴ Ann. Dig. 1938-1940, cas N° 104 ; RSAONU III pp. 1905-1982 ; ANDRASSY, *Les relations internationales*, RCADI 1951 II pp. 92-94 ; KISS, *L'abus de droit*, p. 62 ; F. V. GARCIA-AMADOR, *International responsibility*, United Nations, General Assembly, *International law commission*, A/CN. 4/106 (1957) p. 6.

⁹⁵ RSAONU III p. 1965.

⁹⁶ KISS, *L'abus de droit*, p. 62.

⁹⁷ ANDRASSY, *Les relations internationales*, RCADI 1951 II pp. 128 ss.

⁹⁸ G. FISCHER, *Droit international et expérimentation des armes nucléaires*, Annuaire français, 1956 pp. 316-317 ; A. SOTTILE, *Les expériences atomiques et le droit international*, Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, 1957 pp. 137-138.

⁹⁹ ANDRASSY, *Les relations internationales*, RCADI 1951 II p. 177.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 125.

¹⁰¹ STOWELL, *International law*, p. 122 ; KISS, *L'abus de droit*, pp. 19-36 et 59-62.

¹⁰² F. J. BERBER, *Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts*, pp. 138-150. Après avoir présenté un panorama sommaire de l'abus de droit en droit comparé, cet auteur admet également que cette notion ne saurait s'appliquer dans le domaine du droit fluvial.

¹⁰³ G. SAUSER-HALL, *L'utilisation industrielle*, RCADI 1953 II p. 532.

¹⁰⁴ B. CHENG, *General principles of law*, p. 119 (trad.).

¹⁰⁵ GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, livre III, chap. XIX (De la foi que l'on doit garder entre ennemis) ; cf. également livre III, chap. XX, § L, ch. 3.

¹⁰⁶ VATTEL, *Le droit des gens*, livre II, chap. XV, § 218.

¹⁰⁷ *Ibid.*, livre II, chap. XV (De la foi des traités), et livre III, chap. X. (De la foi entre ennemis).

¹⁰⁸ Lord Hobhouse dans Russell v. Russell, [1897] A. C. 436 (trad.) ; cf. la seconde et importante partie de l'ouvrage de B. CHENG, *General principles of law*, qui n'est qu'une illustration du principe de bonne foi dans différents domaines du droit des gens ; SCHWARZENBERGER de même, dans son étude de la bonne foi, s'appuie essentiellement sur le droit des traités, *Fundamental principles*, RCADI 1955 I pp. 297 ss.

¹⁰⁹ VATTEL, *Le droit des gens*, livre II, chap. XV, § 222.

¹¹⁰ SCHWARZENBERGER, *Fundamental principles*, RCADI 1955 I p. 300 (trad.).

¹¹¹ B. CHENG, *General principles of law*, p. 119.

¹¹² GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, livre III, chap. XIX ; STOWELL, *International law*, p. 171 ; STRUPP, *Les règles générales du droit de la paix*, RCADI 1934 I p. 559 ; VERDROSS, *Les principes généraux*, RCADI 1935 II p. 243 ; BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1936 IV pp. 520-522 ; ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international*, p. 363 ; CHENG, *General principles of law*, p. 105 ; VERDROSS, *Völkerrecht*, p. 80 ; LAUTERPACHT, *Codification and development of international law*, AJIL 1955 p. 17 ; FITZMAURICE, *Law of treaties*, United Nations, General Assembly, International law commission, A/CN. 4/101 (1956) p. 16.

¹¹³ Cf. par exemple deux importantes sentences arbitrales de la CPA : celle du 22. 2. 1904 sur le règlement de certaines réclamations contre le Gouvernement du Venezuela, RGDIP 1906. Doc. p. 3, et celle du 7. 9. 1910 en l'affaire des pêcheries de l'Atlantique, RGDIP 1912 pp. 459, 461 et 462.

¹¹⁴ RCIJ 1950 p. 184, 1952 pp. 87, 212, 1956 pp. 33 et 132.

¹¹⁵ P. TUOR, *Le Code civil suisse*, p. 43.

¹¹⁶ STOWELL, *International law*, p. 171 ; CHENG, *General principles of law*, pp. 121 ss, chap. IV, intitulé : « Good faith in the exercise of rights » (The theory of abuse of rights) ; J.-M. GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, pp. 56-57 ; G. FITZMAURICE, *The law and procedure of the ICJ*, BYB 1953 p. 53 ; KISS, *L'abus de droit*, pp. 66, 106, 118, 125, 169-170 et 172 ; SCHWARZENBERGER, *Fundamental principles*, RCADI 1955 I pp. 304 ss, où l'abus de droit est étudié sous le titre : « Good faith and rights and duties under international customary law ; cf. également art. 2/1-2 CCS.

¹¹⁷ RCPJI série A N° 7 p. 30.

¹¹⁸ VERDROSS, *Völkerrecht* (1950), p. 493 ; parfois, ce que certains auteurs attribuent à l'obligation de respecter les règles de la bonne foi, d'autres le rattachent à l'inter-

diction de l'abus de droit : cf. LAUTERPACHT, *Law of treaties*, United Nations, General Assembly, International law commission, A/CN. 4/63 pp. 64-65 ; ANZILOTTI, *Cours de droit international*, p. 372.

¹¹⁹ B. CHENG, *General principles of law*, p. 151 ; *Justice and equity in international law*, CLP 1955 p. 193.

¹²⁰ KISS, *L'abus de droit*, p. 193.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 192-193.

¹²² *Ibid.*, p. 193.

¹²³ K. STRUPP, *Les règles générales du droit de la paix*, RCADI 1934 I p. 559 ; du même auteur : *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, p. 120 ; rapport de Borel et Politis à l'Institut de droit international, Annuaire IDI 1927 II p. 753.

¹²⁴ RCIJ 1948 p. 57.

¹²⁵ *Ibid.*, 1950 p. 4.

¹²⁶ J. SPIROPOULOS, *L'abus du droit de vote par un membre du Conseil de Sécurité*, Revue hellénique, 1948 I p. 3 ; Exposé de G. Scelle du 28. 4. 1948, RCIJ Mémoires, Admission de nouveaux membres, 1948 pp. 75-76 ; Opinion des juges Alvarez et Azevedo, RCIJ 1948, resp. pp. 70-71 et 80 ; VERDROSS, *Völkerrecht* (1950), p. 405 ; P. BRUGIÈRE, *Les pouvoirs de l'Assemblée Générale des Nations Unies en matière politique et de sécurité*, p. 338.

¹²⁷ Art. 27 ch. 2 et 3 de la Charte.

¹²⁸ SPIROPOULOS, *L'abus du droit de vote*, Revue hellénique, 1948 I p. 7.

¹²⁹ La difficulté de prouver les mobiles du vote constitue l'un des points névralgiques de l'avis consultatif de la Cour en matière de l'admission d'un Etat aux Nations Unies, RCIJ 1948 pp. 60, 82 et 111 ; cf. VERDROSS, *Völkerrecht* (1950), p. 405.

¹³⁰ L'auteur italien Girolamo Nisio (*Considerazioni sul problema del veto*, Communauté internationale, 1950 p. 421), estime inapplicable la théorie de l'abus de droit dans ce cas particulier. De même, G. Sperduti (*Il principio della buona fede e l'ammissione di nuovi membri nelle Nazioni Unite*, Communauté internationale, 1952 p. 42), traite la question sous l'angle de la bonne foi, mais ne fait aucune allusion à l'abus de droit.

¹³¹ Opinion du juge Alvarez, RCIJ 1948 p. 71.

¹³² Voir plus haut, pp. 125-126.

¹³³ MOUSKHÉLI, *L'équité en droit international moderne*, RGDIP 1933 pp. 352-353 ; ROUSSEAU, *Droit international public*, pp. 71-72.

¹³⁴ B. CHENG, *Justice and equity in international law*, CLP 1955 p. 185.

¹³⁵ ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 72.

¹³⁶ Voir les auteurs suivants qui, à quelques divergences près, admettent une classification semblable : MOUSKHÉLI, *L'équité*, RGDIP 1933 p. 372 ; HABICHT, *Le pouvoir du juge international de statuer « ex aequo et bono »*, RCADI 1934 III p. 300 ; SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, pp. 197-200 ; ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 72 ; CHENG, *Justice and equity*, CLP 1955 pp. 202-211.

¹³⁷ L'art. 28 de l'Acte général de Genève de 1928 sur le règlement pacifique des différends internationaux, prévoit également la juridiction « ex aequo et bono », sans cependant que soit exigé dans chaque cas particulier le consentement des parties. Il en est de même d'un nombre important de traités bilatéraux d'arbitrage : HABICHT, *Le pouvoir*, RCADI 1934 III p. 313 note 1 et p. 323 note 1.

¹³⁸ HABICHT, *Le pouvoir*, RCADI 1934 III p. 304.

¹³⁹ MOUSKHÉLI, *L'équité*, RGDIP 1933 p. 350 ; BERLIA, *Essai sur la portée de la clause de jugement en équité en droit des gens*, p. 73 ; GUGGENHEIM, *Traité*, I p. 160.

¹⁴⁰ STRUPP, *Le droit du juge international de statuer selon l'équité*, RCADI 1930 III p. 470 ; MOUSKHÉLI, *L'équité*, RGDIP 1933 p. 365 ; ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 72 ; CHENG, *Justice and equity*, CLP 1955 pp. 202-204.

¹⁴¹ RCPJI série A N° 24 p. 15 ; série A/B N° 46 p. 153 ; opinion dissidente du juge

Dreyfus, série A/B N° 46 p. 212 ; BERLIA, *Essai*, pp. 68 ss ; THÉVENAZ, *Les compromis d'arbitrage devant la CPJI*, pp. 87 ss ; SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, p. 194 ; GUGGENHEIM, *Traité*, I pp. 160-161 ; CHENG, *Justice and equity*, CLP 1955 pp. 203-204.

¹⁴² CHENG, *Justice and equity*, CLP 1955 p. 189.

¹⁴³ Voir plus haut, pp. 69-70.

¹⁴⁴ STRUPP, *Le droit du juge*, RCADI 1930 III pp. 461-462 ; MOUSKHÉLI, *L'équité*, RGDIP 1933 p. 355.

¹⁴⁵ FRIEDMANN, *The contribution of English equity to the idea of an international equity tribunal*, pp. 3 ss ; SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, pp. 195-196.

¹⁴⁶ FRIEDMANN, *The contribution*, p. 8.

¹⁴⁷ O. R. MARSHALL, *Anachronism in equity*, CLP 1950 p. 30 ; DENNING, *The need for a new equity*, CLP 1952 p. 1.

¹⁴⁸ J. VERZIJL (*La base des jugements internationaux au cours de l'histoire*, RGDIP 1955 pp. 374 et 395-396) accorde également à l'équité le rôle de corriger l'application du droit strict, mais constate que souvent, au cours de l'histoire, elle permit de donner une base dite légale à des jugements qui n'avaient d'équitable que le nom !

¹⁴⁹ SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit*, p. 394.

¹⁵⁰ KISS, *L'abus de droit*, p. 192.

¹⁵¹ Voir plus haut, p. 128 note 137.

¹⁵² ROUSSEAU, *Droit international public*, pp. 7-8.

¹⁵³ B. PARADISI, *L'amitié internationale, les phases critiques de son ancienne histoire*, RCADI 1951 I p. 329.

¹⁵⁴ CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1929 I p. 541.

¹⁵⁵ Cf. opinion du comte Sclopis, dans l'affaire de l'Alabama, LA PRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, II pp. 865-866.

¹⁵⁶ LAUTERPACHT, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1937 IV p. 159 ; KUNZ, *The nature of customary international law*, AJIL 1953 p. 665.

¹⁵⁷ ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international public*, p. 9.

¹⁵⁸ Cf. sur les différents sens d'utilisation du terme : OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 34 note 1.

¹⁵⁹ *Joyce v. Director of public prosecution*, [1946] A. C. 372.

¹⁶⁰ LAUTERPACHT, *Allegiance, diplomatic protection and criminal jurisdiction over aliens*, Cambridge law Journal, 1947 p. 331 note 7.

¹⁶¹ SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 59.

¹⁶² ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international public*, p. 10.

¹⁶³ KISS, *L'abus de droit*, p. 191.

¹⁶⁴ « Nevertheless the Government of the United States is disposed to govern its action in the premises in accordance with the high principles of equity and with the friendly sentiments which should exist between good neighbours. » American and British Claims Arbitration, The Rio Grande Claim, Appendix to the answer of the United States, p. 502 ; cf. HYDE, *International law*, I pp. 567-568 note 7 ; KISS, *L'abus de droit*, pp. 30-31.

¹⁶⁵ KISS, *L'abus de droit*, p. 52.

¹⁶⁶ [1929] 1. K. B. 470, à p. 510 (trad.). Voir aussi Sankey L. J., à pp. 521-522 ; Ann. Dig. 1927-1928, cas N° 10.

¹⁶⁷ LAUTERPACHT, *The function of law*, p. 304 ; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, I p. 34 note 1.

¹⁶⁸ Cf. note précédente.

¹⁶⁹ *Russian Social Federated Soviet Republic v. Cibrario* : « ... the existence of comity is exclusively for the political departments to decide » (Ann. Dig. 1923-1924, cas N° 17).

¹⁷⁰ L. CAVARÉ, *Le droit international public positif*, I p. 196.

¹⁷¹ A. MULDER, *Les lacunes du droit international public*, RDILC 1926 p. 558; CHENG, *General principles of law*, p. 16; Déclaration de Fernandez, Procès-verbaux des séances du comité de juristes chargés d'établir une CPJI, 16 juin-24 juillet 1920, pp. 345-346.

¹⁷² GUGGENHEIM, *Les principes du droit international public*, RCADI 1952 I p. 64.

¹⁷³ ZITELMAN, *Die Lücken im Rechte*, pp. 24 ss; Lauterpacht (*The function of law*, p. 79) distingue entre « real » et « unreal gaps »; D. Schindler (*Die Schiedsgerichtsbarkeit seit 1914*, p. 81) oppose « echte » à « unechte Lücken »; Kelsen (*Principles of international law*, pp. 304 ss), pour qui, du point de vue logique et juridique, les lacunes ne peuvent exister dans un système de droit quel qu'il soit, admet cependant de « prétendues lacunes » (« so-called gaps ») dans la seconde éventualité, lorsqu'une décision, quoique logiquement possible, est moralement ou politiquement indésirable (p. 305).

¹⁷⁴ GUGGENHEIM, *Les principes du droit international public*, RCADI 1952 I p. 65; cf. CHENG, *General principles of law*, p. 390; D. SCHINDLER, *Die Schiedsgerichtsbarkeit seit 1914*, p. 83.

¹⁷⁵ LAUTERPACHT, *The function of law*, p. 83.

¹⁷⁶ RCPJI série B N° 12 pp. 31-32.

¹⁷⁷ GUGGENHEIM, *Les principes du droit international public*, RCADI 1952 I p. 67.

¹⁷⁸ GUGGENHEIM, *Les principes du droit international public*, RCADI 1952 I p. 64; *Traité*, I pp. 139-140.

¹⁷⁹ Voir plus haut, pp. 57-59.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 59-62.

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 86-87.

¹⁸² *Ibid.*, pp. 57-59.

¹⁸³ *Ibid.*, pp. 114-116.

¹⁸⁴ MULDER, *Les lacunes du droit international public*, RDILC 1926 pp. 558-559; cf. LAUTERPACHT, *The function of law*, p. 73.

¹⁸⁵ GUGGENHEIM, *Les principes du droit international public*, RCADI 1952 I p. 67.

¹⁸⁶ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I pp. 304-305.

¹⁸⁷ Voir plus haut, pp. 121-122.

¹⁸⁸ RSAONU VII pp. 112-118.

¹⁸⁹ D. SCHINDLER, *Die Schiedsgerichtsbarkeit seit 1914*, p. 83.

¹⁹⁰ RSAONU VI p. 331.

¹⁹¹ Voir plus haut, pp. 128-129.

¹⁹² *Ibid.*, pp. 132-133.

¹⁹³ *Walkerville Breving Co. v. Mayrand*, BYB 1931 p. 200.

¹⁹⁴ *Harwool & Cooper v. Wilkinson*, BYB 1931 p. 201.

¹⁹⁵ KISS, *L'abus de droit*, p. 166.

¹⁹⁶ Voir plus haut, pp. 132-133.

¹⁹⁷ GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, II, XVI, § 25, al. 2; VATTEL, *Le droit des gens*, II, XVII, § 296; PUFENDORF, *Of the law of Nature and Nations*, V, XII, § 20, al. 2; sur les premières applications de la clause, cf. LAUTERPACHT, *Spinoza and international law*, BYB 1927 pp. 94-107.

¹⁹⁸ R. GENET, *Le problème de la clause « rebus sic stantibus »*, RGDIP 1930 p. 287; W. BURCKHARDT, *La « clausula rebus sic stantibus » en droit international*, RDILC 1933 p. 5; TÉNÉKIDÈS, *Le principe « rebus sic stantibus »*, RGDIP 1934 p. 273; RCPJI série A N°s 20/21, pp. 39-40 et 120; RCPJI série B N° 4 p. 9; RCPJI série A/B N° 46 p. 157.

¹⁹⁹ P. BERGER, *Zur Klausel « rebus sic stantibus »*, OZÖR, 1951-1952 p. 27; FITZMAURICE, *The law of treaties*, United Nations, General Assembly, International law commission, A/CN. 4/107 (1957), pp. 53-55 et 118-137.

²⁰⁰ FENWICK, *The progress of international law during the past forty years*, RCADI 1951 II pp. 51-52.

²⁰¹ Énumération des différentes justifications proposées, chez LAUTERPACHT, *The function of law*, pp. 273-276.

²⁰² Excellente étude du problème chez Genet, *op. cit.*

²⁰³ LAUTERPACHT, *The absence of an international legislature and the compulsory jurisdiction of international tribunals*, BYB 1930 p. 147; *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1937 IV p. 391.

²⁰⁴ Cf. LAUTERPACHT, *The function of law*, § 10, pp. 270-272; CHENG, *General principles of law*, p. 113; sur le danger de la *clausula*: FITZMAURICE, *Second report on the law of treaties*, p. 120.

²⁰⁵ W. BURCKHARDT, *La clausula rebus sic stantibus en droit international*, RDILC 1933 p. 20. A noter que les manuels et commentaires traitent en général de la *clausula* dans les pages consacrées à la révision ou à l'extinction des traités.

²⁰⁶ Allusion chez TÉNÉKIDÈS, *Le principe « rebus sic stantibus »*, RGDIP 1934 p. 276.

²⁰⁷ RCPJI série C N° 81 p. 209.

²⁰⁸ GENET, *Le problème de la « clausula »*, RGDIP 1930 p. 287; ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 60; Guggenheim admet une présomption en faveur de la dénonciation unilatérale, mais rejette l'extinction *ipso jure* du traité: *Traité*, I p. 123.

²⁰⁹ Annuaire IDI 1927 II p. 753.

²¹⁰ BERGER, *Zur Klausel « rebus sic stantibus »*, OZöR 1951-1952, p. 38.

²¹¹ « To keep the law more tidy », expression utilisée un jour par B. Cheng; cf. FITZMAURICE, *The law and procedure of the ICJ 1951-1954*, BYB 1953 pp. 53-54.

²¹² W. FRIEDMANN, *The contribution of English equity to the idea of an international equity tribunal*, p. 58.

²¹³ JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, pp. 226-230.

²¹⁴ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 88.

²¹⁵ *Ibid.*, pp. 108-109.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 95.

²¹⁷ Cf. réponse de Huber au rapport de Borel et Politis, Annuaire IDI 1927 II pp. 770-771; FEDOZZI-ROMANO, *Trattato*, I p. 530.

²¹⁸ KISS, *L'abus de droit*, p. 194.

²¹⁹ Ann. Dig. 1927-1928, cas N° 86.

²²⁰ Voir plus haut, pp. 101-102. Pour Kiss, cet effet dynamique sur le droit conventionnel se limite essentiellement au phénomène des ingérences, lorsqu'un Etat empiète sur les compétences d'un autre Etat, autrement dit avant tout dans les relations de voisinage.

²²¹ M. SCERNI, *L'abuso di diritto*, p. 118.

²²² Voir plus haut, pp. 112-114.

²²³ Cf. C. DE BOECK, *L'expulsion*, RCADI 1927 III p. 638, où l'auteur applique ce raisonnement à l'affaire Ben Tillet. Voir plus haut, pp. 58-59.

²²⁴ POLITIS, *Les limitations*, RCADI 1925 I p. 109.

²²⁵ Cf. l'affaire des emprunts norvégiens entre la France et la Norvège, RCIJ 1957, et l'opinion dissidente du juge Lauterpacht en l'affaire Interhandel (RCIJ 1957 pp. 117-120).

BIBLIOGRAPHIE

A. Ouvrages principaux consacrés à l'abus de droit en droit international public

- E. R. C. VAN BOGAERT, *Het rechtsmisbruik in het volkenrecht*, Anvers, 1948.
- BOREL et POLITIS, *L'extension de l'arbitrage obligatoire et la compétence obligatoire de la CPJI*, rapport à la session de Lausanne de l'Institut de droit international, Annuaire IDI 1927 II pp. 750-755.
- B. CHENG, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, Londres, 1953.
- H. C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, Cambridge law journal, 1933 p. 22.
- A.-C. KISS, *L'abus de droit en droit international*, Paris, 1953.
- H. LAUTERPACHT, *The function of law in the international community*, chap. XIV, Oxford, 1933.
- G. LEIBHOLZ, *Das Verbot der Willkür und des Ermessensmissbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten*, ZaöR, 1929 p. 77.
- G. VAN DER MOLEN, *Misbruik van recht in het volkenrecht*, Opstellen op het gebied van recht, staat en Maatschappij, Amsterdam, janvier 1949, p. 266.
- N. POLITIS, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, RCADI 1925 I p. 5.
- M. SCERNI, *L'abuso di diritto nei rapporti internazionali*, Rome, 1930.
- H. J. SCHLOCHAUER, *Die Theorie des abus de droit im Völkerrecht*, ZVR 1933 p. 373.
- G. SCHWARZENBERGER, *The fundamental principles of international law*, RCADI 1955 I pp. 305-326.
- *Uses and abuses of the « Abuse of rights »*, 42, Grotius Transactions (1956).
- J. SPIROPOULOS, *L'abus du droit de vote par un membre du Conseil de Sécurité*, Revue hellénique, 1948 I p. 3.
- S. TRIFU, *La notion de l'abus de droit dans le droit international*, thèse, Paris, 1940.

B. Ouvrages cités

- R. AGO, *Le délit international*, RCADI 1939 II p. 415.
- R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926.
- A. ALVAREZ, *La codification du droit international*, Paris, 1912.
- *Le droit international de l'avenir*, Washington, 1916.
- *Les méthodes de la codification du droit international public*, Annuaire IDI 1947 p. 18.

- J. ANDRASSY, *Les relations internationales de voisinage*, RCADI 1951 II p. 77.
- A. ANTOINE, *La cour de justice de la CECA et la CIJ*, RGDIP 1953 p. 210.
- D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, trad. Gidel, Paris, 1929.
- AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 6^e éd., Paris, 1951.
- L. VON BAR, *La réglementation des cours d'eau internationaux*, Annuaire IDI 1911, p. 156.
- D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 4^e éd., Turin, 1955.
- G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, Comunicazioni e studi, 1953, pp. 224-229.
- J. BASDEVANT, *Contribution à l'étude du régime juridique de l'utilisation domestique agricole et industrielle des eaux*, Etudes Mestres, Paris, 1956 p. 9.
- *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1936 IV p. 475.
- M. BEDJAoui, *Jurisprudence comparée des tribunaux administratifs internationaux en matière d'excès de pouvoir*, Annuaire français 1956 p. 482.
- F. J. BERBER, *Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts*, Munich, 1955.
- P. BERGER, *Zur Klausel « rebus sic stantibus »*, OZöR, 1951-1952, p. 27.
- G. BERLIA, *Essai sur la portée de la clause de jugement en équité en droit des gens*, Paris, 1937.
- F. BLEIBER, *Kaschmir*, Archiv des Völkerrechts, 1955-1956 p. 125.
- C. DE BOECK, *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, RCADI 1927 III p. 447.
- E. R. C. VAN BOGAERT, *Het rechtsmisbruik in het volkenrecht*, Anvers, 1948.
- E. M. BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, New York, 1915.
- BOREL et POLITIS, *L'extension de l'arbitrage obligatoire et la compétence obligatoire de la CPJI*, Annuaire IDI 1927 II p. 669.
- J. BOULOIS, *Cour de justice de la CECA*, Annuaire français, 1955 p. 312.
- M. BOURQUIN, *Pouvoir scientifique et droit international*, RCADI 1947 I p. 331.
- J. L. BRIERLY, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1936 IV p. 5.
- H. W. BRIGGS, *The Columbian-Peruvian asylum case and the proof of customary international law*, AJIL 1951 p. 128.
- P. BRUGIÈRE, *Les pouvoirs de l'Assemblée générale des Nations Unies en matière politique et de sécurité*, Paris, 1955.
- W. BURKHARDT, *La « clausula rebus sic stantibus » en droit international*, RDILC 1933 p. 5.
- W. BÜRGI, *Fiche juridique suisse N° 90 (Bonne foi)*.
- R. CAMPION, *De l'exercice antisocial des droits subjectifs, la théorie de l'abus des droits*, Bruxelles, 1925.
- A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 3^e éd., Milan, 1953.
- CASATI-RUSSO, *Diritto civile italiano*, Turin, 1947.

- F. CASTBERG, *L'excès de pouvoir dans la justice internationale*, RCADI 1931 I p. 353.
- *La méthodologie du droit international public*, RCADI 1933 I p. 313.
- A. CAVAGLIERI, *Nuovi studi sull'intervento*, Rome, 1928.
- *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1929 I p. 315.
- *Corso di diritto internazionale*, 3^e éd., Naples, 1934.
- L. CAVARÉ, *Le droit international positif*, Paris, 1951.
- *Les sanctions dans le cadre de l'ONU*, RCADI 1952 I p. 223.
- R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, 1954.
- B. CHENG, *General principles of law as a subject for international codification*, CLP 1951 p. 35.
- *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, Londres, 1953.
- *International law in the United Nations*, YBWA 1954 p. 170.
- *Justice and equity in international law*, CLP 1955 p. 185.
- COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, 11^e éd., Paris, 1947-1948.
- C. COROI, *La théorie de l'abus de droit en droit français*, Genève, 1910.
- E. CURTI-FORRER, *Il codice civile svizzero*, Bellinzzone, 1911.
- J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1944.
- *Le droit subjectif*, Paris, 1952.
- M. DAVID, *Cours de droit civil comparé*, Paris, 1952-1953.
- DAVID et HAZARD, *Le droit soviétique*, Paris, 1954.
- J. Q. DEALEY, *The Chicago canal and the St. Lawrence development*, AJIL 1929 p. 307.
- L. DELVAUX, *La cour de justice de la CECA*, Paris, 1956.
- DENNING, *The need for a new equity*, CLP 1952 p. 1.
- E. D. DICKINSON, *Treaties for the prevention of smuggling*, AJIL 1926 p. 340.
- DUEZ et DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Paris, 1952.
- C. DUPASQUIER, *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse*, Recueil de travaux offert par la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel à la Société suisse des Juristes, 1929 p. 191.
- C. DUPUIS, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1930 II p. 5.
- C. EAGLETON, *International organizations and the law of responsibility*, RCADI 1950 I p. 323.
- *International rivers*, AJIL 1954 p. 287.
- A. EGGER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 2^e éd., Zurich, 1928.
- ELIACHEVITCH, NOLDE et TRAGER, *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, Paris, 1930.
- ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Tubingue, 1952 et 1955.
- M. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi*, Paris, 1949-1950.
- J. ESSER, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, Vienne, 1949.
- C. T. EUSTATHIADÈS, *Les sujets du droit international et la responsabilité internationale, nouvelles tendances*, RCADI 1953 III p. 401.

- A. P. FACHIRI, *International law and the property of aliens*, BYB 1929 p. 32.
- P. FEDOZZI, *Corso di diritto internazionale*, Padoue, 1930-1931.
- P. FEDOZZI-S. ROMANO, *Trattato di diritto internazionale*, 2^e éd., Padoue, 1933.
- C. G. FENWICK, *The scope of domestic questions in international law*, AJIL 1925 p. 143.
- *The progress of international law during the past forty years*, RCADI 1951 II p. 5.
- G. FISCHER, *Droit international et expérimentation des armes nucléaires*, Annuaire français, 1956 p. 309.
- G. G. FITZMAURICE, *The law and procedure of the ICJ*, BYB 1950 p. 12 et 1953 p. 53.
- *Report on the law of treaties*, United Nations, General Assembly, International law commission, A/CN. 4/101 (1956), A/CN. 4/107 (1957).
- F. J. FOWLER, *The Indo-Pakistan water dispute*, YBWA 1955 p. 101.
- J. P. A. FRANÇOIS, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1938 IV p. 5.
- W. FRIEDMANN, *The contribution of English equity to the idea of an international equity tribunal*, Londres, 1935.
- *Legal theory*, 5^e éd., Londres, 1953.
- L. LE FUR, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1935 IV p. 5.
- S. GALEOTTI, *The judicial control of public authorities in England and in Italy*, Londres, 1954.
- F. V. GARCIA-AMADOR, *International responsibility*, United Nations, General Assembly, International law commission, A/CN. 4/ (1956) p. 19.
- J. W. GARNER, *The Chicago sanitary district case*, AJIL 1928 p. 837.
- *The Great Lakes diversion case*, BYB 1931 p. 202.
- R. GENET, *Le problème de la clause « rebus sic stantibus »*, RGDIP 1930 p. 287.
- F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, 1919.
- T. GIHL, *International legislation, an essay on changes in international law and in international legal situations*, Londres, 1937.
- M. GMÜR, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Berne, 1919.
- V. GOVSKI, *Soviet civil law*, University of Michigan, 1948.
- M. GRAWITZ, *Jurisprudence internationale*, Annuaire français, 1955 p. 261.
- J.-M. GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, Neuchâtel, 1954.
- H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle trad. de Barbeyrac, Amsterdam, 1724.
- P. GUGGENHEIM, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, RCADI 1949 I p. 191.
- *Les deux éléments de la coutume en droit international* (La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. Scelle, I p. 275, Paris, 1950).
- *Les principes du droit international public*, RCADI 1952 I p. 5.
- *Traité de droit international public*, Genève, 1954.

- H. C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, Cambridge law journal, 1933 p. 22.
 — *The meaning and scope of article 38 (1) (c) of the statute of the ICJ*, 38 Grotius Transactions (1952), p. 125.
- M. HABICHT, *Le pouvoir du juge international de statuer « ex aequo et bono »*, RCADI 1934 III p. 281.
- M. HAGEMANN, *Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtssprechung des internationalen Gerichtshofes*, Annuaire suisse, 1953 p. 61.
- M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, 1929.
- HAZARD et WEISBERG, *Cases and readings on Soviet law*, 1950.
- W. HEINRICH, *Recherches sur la problématique du droit coutumier*, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, II p. 277, Paris, 1934.
- A. M. HIRSH, *Utilization of international rivers in the Middle East*, AJIL 1956 p. 81.
- W. N. HOFELD, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*, New Heaven, Londres, 1923.
- A. HOMBERGER, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1933.
- A. VAN HOUTTE, *La cour de justice de la CECA*, Annuaire européen, II (1956) p. 183.
- C. C. HYDE, *International law chiefly as interpreted and applied by the United States*, 2^e éd., Boston, 1945.
- B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, 1954.
- P. C. JESSUP, *A modern law of nations—an introduction*, New York, 1948.
- J. M. JONES, *The Nottebohm case*, The international and comparative law quarterly, 1956 p. 230.
- L. JOSSERAND, *L'abus du droit*, Paris, 1905.
 — *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927.
 — *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Paris, 1938.
- E. KAUFMANN, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1935 IV p. 313.
- H. KELSEN, *Théorie du droit international coutumier*, Revue internationale de la théorie du droit, 1939 p. 253.
 — *Principles of international law*, New-York, 1952.
- A.-C. KISS, *L'abus de droit en droit international*, Paris, 1953.
- L. KOPELMANAS, *Quelques réflexions au sujet de l'article 38, chiffre 3, du statut de la CPJI*, RGDIP 1936 p. 285.
 — *Custom as a mean of the creation of international law*, BYB 1937.
 — *Cour de justice de la CECA*, Revue de droit public 1955 p. 55.
- S. B. KRYLOV, *Les notions principales du droit des gens (La doctrine soviétique du droit international)*, RCADI 1947 I p. 411.
- J. L. KUNZ, *The nature of customary international law*, AJIL 1953 p. 662.
 — *The changing law of nations*, AJIL 1957 p. 77.
- I. LAPENNA, *Conceptions soviétiques de droit international public*, Paris, 1954.
- H. LAUTERPACHT, *Private law sources and analogies of international law*, Londres, 1927.

- H. LAUTERPACHT, *Spinoza and international law*, BYB 1927 p. 89.
- *The absence of an international legislature and the compulsory jurisdiction of international tribunals*, BYB 1930 p. 134.
- *The function of law in the international community*, Oxford, 1933.
- *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1937 IV p. 99.
- *Allegiance, diplomatic protection and criminal jurisdiction over aliens*, Cambridge law journal, 1947 p. 330.
- *Codification and development of international law*, AJIL 1955 p. 16.
- G. LEIBHOLZ, *Das Verbot der Willkür und des Ermessensmissbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten*, ZaöR, 1929 p. 77.
- K. LOEWENSTEIN, *Sovereignty and international cooperation*, AJIL 1954 p. 222.
- A. N. MAKAROV, *Das Urteil des internationalen Gerichtshofes im Falle Nottebohm*, ZaöR 1956 p. 407.
- F. A. MANN, *Money in public international law*, BYB 1949 p. 259.
- O. R. MARSHALL, *Anachronism in equity*, CLP 1950 p. 30.
- H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4^e éd., Paris, 1947.
- Message du Conseil fédéral suisse à l'Assemblée fédérale, du 28. 5. 1904, sur le projet de Code civil suisse*, Feuille fédérale 1904 IV p. 1.
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milan, 1950.
- G. VAN DER MOLEN, *Misbruik van recht in het volkenrecht*, Opstellen op het gebied van recht, staat en Maatschappij, Amsterdam, janvier 1949, p. 266.
- *Subjecten van volkenrecht*, La Haye, 1949.
- M. MOUSKHÉLI, *L'équité en droit international moderne*, RGDIP 1933 p. 347.
- A. MULDER, *Les lacunes du droit international public*, RDILC 1926 p. 555.
- G. NISIO, *Considerazioni sul problema del veto*, Comunità internazionale, 1950 p. 409.
- OPPENHEIM, *International law, a treatise*, éd. Lauterpacht, 8^e éd., Londres, 1955.
- PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 8^e éd., Munich et Berlin, 1950.
- G. P. PANAYOTACOS, *Un cas d'extension arbitraire des limites de la mer territoriale*, Revue hellénique, 1953 p. 253.
- B. PARADISI, *L'amitié internationale, les phases critiques de son ancienne histoire*, RCADI 1951 I p. 329.
- C. PARRY, *Plural nationality and citizenship with special reference to the Commonwealth*, BYB 1953 p. 254.
- A. PERROCHET, *Essai sur la théorie de l'abus du droit (art. 2 CCS) dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites*, thèse, Neuchâtel, 1920.
- R. PHILLIMORE, *Droits et devoirs fondamentaux des Etats*, RCADI 1923 p. 29.
- *Commentaries upon international law*, 3^e éd., Londres, 1879.
- PLANCK, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1913.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1947.

- PLANIOI et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1952 (vol. VI).
- N. POLITIS, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, RCADI 1925 I p. 5.
- POLLOCK, *Law of torts*, 15^e éd., Londres, 1951.
- E. PORCHEROT, *De l'abus de droit*, Lyon, 1901-1902.
- G. RIPERT, *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, RCADI 1933 II p. 569.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, 1935.
- H. ROLIN, *Les principes de droit international public*, RCADI 1950 II p. 305.
- ROSSEL et MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, 1^{re} éd., Lausanne.
- M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, Rivista di diritto civile, 1923 p. 105.
- C. ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international*, Paris, 1944.
- *Droit international public*, Paris, 1953.
- P. ROUSSEL, *L'abus de droit*, Paris, 1913.
- S. RUNDSTEIN, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts und die Frage der Staatsangehörigkeit*, ZVR 1931 p. 14.
- S. RUSTOM, *Les conditions d'admission aux privilèges et immunités diplomatiques*, thèse, Genève, 1957.
- R. SALEILLES, *De l'abus de droit*, Paris, 1905.
- Salmond on jurisprudence*, éd. par Glanville Williams, 11^e éd., Londres, 1957.
- Salmond on the law of torts*, éd. par R. F. V. Henston, 12^e éd., Londres, 1957.
- G. SALVIOLI, *Les règles générales de la paix*, RCADI 1933 IV p. 5.
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Naples, 1954.
- E. SAUER, *Grundlehre des Völkerrechts*, 3^e éd., Cologne et Berlin, 1955.
- W. SAUER, *System des Völkerrechts*, Bonn, 1952.
- G. SAUSER-HALL, *Aspect juridique de l'aménagement hydro-électrique des fleuves et lacs d'intérêt commun*, ONU, Commission économique pour l'Europe, Comité de l'énergie électrique, E/ECE/136 - E/ECE/EP. 98. Rev. 1, Genève, janvier 1952.
- *L'utilisation industrielle des fleuves internationaux*, RCADI 1953 II p. 471.
- R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2^e éd., Paris, 1951.
- G. SCELLE, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1933 IV p. 331.
- *Précis de droit des gens*, Paris, 1933-1934.
- *La guerre civile espagnole et le droit des gens*, RGDIP 1938 p. 265.
- *Manuel de droit international public*, Paris, 1948.
- M. SCERNI, *L'abuso di diritto nei rapporti internazionali*, Rome, 1930.
- SCHÄTZEL, *Tagung des IDI in Granada*, 1956, Archiv des Völkerrechts, 1957 p. 61.
- U. SCHEUNER, *L'influence du droit interne sur la formation du droit international*, RCADI 1939 II p. 95.
- D. SCHINDLER, *Die Schiedsgerichtsbarkeit seit 1914*, Stuttgart, 1938.
- H. J. SCHLOCHAUER, *Dir Theorie des abus de droit im Völkerrecht*, ZVR 1933 p. 373.

- W. SCHÜCKING, *Le développement du pacte de la SDN*, RCADI 1927 V p. 353.
- G. SCHWARZENBERGER, *Trends in the practice of the World court*, CLP 1951 p. 1.
- *The fundamental principles of international law*, RCADI 1955 I p. 195.
- *International law*, 3^e éd., Londres, 1957.
- S. SÉFÉRIADÈS, *Principes généraux du droit international de la paix*, RCADI 1930 IV p. 181.
- M. SIBERT, *L'affaire des téléphones de Colombie*, RGDIP 1931 p. 669.
- *Traité de droit international public*, Paris, 1951.
- S. A. DE SMITH, *The abuse of statutory powers*, Public law, 1956 p. 233.
- H. A. SMITH, *The Chicago diversion*, BYB 1929 p. 144.
- *The crisis in the law of nations*, Londres, 1947.
- SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Stuttgart et Cologne, 1952.
- M. SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946.
- A. SOTTILE, *Les expériences atomiques et le droit international*, Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques, 1957 p. 137.
- G. SPERDUTI, *Il principio della buona fede e l'ammissione di nuovi membri nelle Nazioni Unite*, *Comunità internazionale*, 1952 p. 42.
- J. SPIROPOULOS, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, Kiel, 1928.
- *L'abus du droit de vote par un membre du Conseil de Sécurité*, Revue hellénique, 1948 I p. 3.
- J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 9^e éd., Munich, Berlin, Leipzig, 1925.
- J. STONE, *The province and function of law*, Sidney, 1946.
- E. C. STOWELL, *Intervention in international law*, Washington, 1921.
- *International law, a restatement of principles in conformity with actual practice*, New-York, 1931.
- K. STRUPP, *Le droit du juge international de statuer selon l'équité*, RCADI 1930 III p. 357.
- *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, 5^e éd., Bonn-Cologne, 1932.
- *Les règles générales du droit de la paix*, RCADI 1934 I p. 263.
- R. O'SULLIVAN, *Abuse of rights*, CLP 1955 p. 61.
- C. G. TÉNÉKIDÈS, *Le principe « rebus sic stantibus », ses limites rationnelles et sa récente évolution*, RGDIP 1934 p. 273.
- THALMANN, *Grundprinzipien des modernen zwischenstaatlichen Nachbarrechts*, Zurich, 1951.
- H. THÉVENAZ, *Les compromis d'arbitrage devant la CPJI*, Neuchâtel, 1938.
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padoue, 1956.
- M. TRAVERS, *La nationalité des sociétés commerciales*, RCADI 1930 III p. 5.
- S. TRIFU, *La notion de l'abus de droit dans le droit international*, thèse, Paris, 1940.
- P. TUOR, *Le code civil suisse*, trad. Deschenaux, Zurich, 1942.
- D. G. VALENTINE, *The court of justice of the European coal and steel community*, La Haye, 1955.
- E. DE VATTÉL, *Le droit des gens*, Neuchâtel, 1758.
- G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, 7^e éd., Milan, 1950.

- VEDEL, *L'idée d'évolution, la société internationale et le droit des gens*, RGDIP 1939 p. 9.
- A. VON VERDROSS, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienne et Berlin, 1926.
- *Les principes généraux du droit comme source du droit des gens*, Annuaire IDI 1932 p. 283.
- *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, RCADI 1935 II p. 195.
- *Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux*, RGDIP 1938 p. 44.
- *Völkerrecht*, 3^e éd., Vienne, 1955.
- J. H. W. VERZIJL, *La base des jugements internationaux au cours de l'histoire*, RGDIP 1955 p. 370.
- J. B. VESFELT, *Le cas Nottebohm*, Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, 1957 p. 32.
- C. DE VISSCHER, *Contribution à l'étude des sources du droit international*, RDILC 1933 p. 395.
- *Coutume et traité en droit international public*, RGDIP 1955 p. 353.
- A. VYCHINSKI, *The law of the Soviet state*, trad. H. W. Babb, New York, 1948.
- M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4^e éd., Paris, 1946.
- W. WENGLER, *Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux*, Annuaire IDI 1952 I p. 224 et 1956 p. 265.
- Winfield on tort*, éd. par T. E. Lewis, 6^e éd., Londres, 1954.
- K. WOLFF, *Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux*, RCADI 1931 II p. 484.
- A. YAZDI, *L'utilisation hydro-électrique des voies d'eau internationales*, thèse, Paris, 1955.
- ZITELMAN, *Die Lücken im Rechte*, Leipzig, 1903.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	11
PREMIÈRE PARTIE. DROIT COMPARÉ	13
I. La conception large de l'abus de droit	14
1. Droit français	14
2. Droit suisse	19
3. Droit soviétique	23
II. La conception restreinte de l'abus de droit	26
Droit allemand	26
III. Les systèmes juridiques opposés à l'abus de droit	29
1. Droit italien	29
2. Droit anglais	31
IV. Considérations générales	35
1. Le double sens de la notion d'abus	35
2. Abus et illégalité	37
3. Le non-sens apparent de la notion d'abus de droit	39
V. Excès de pouvoir et détournement de pouvoir	41
Conclusions	43
 DEUXIÈME PARTIE. CONSTRUCTION THÉORIQUE DE L'ABUS DE DROIT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	 51
I. Généralités	51
II. Précisions terminologiques	53
III. Les éléments de l'abus de droit	56
1. Exercice d'un droit	56
2. Dommage causé	59
IV. Caractère « abusif »	64
A. Les deux théories fondamentales	64
1. La théorie de L. Josserand	64
2. La théorie de J. Dabin	66
B. Critères proposés en droit international	67
1. L'intention de nuire	67
2. Le déséquilibre des intérêts	69
3. Le détournement du but social	71
4. Les modalités de l'exercice	73
5. Le critère à admettre	75

	Pages
V. Fondements de la théorie de l'abus	76
1. La théorie de l'évolution	76
2. La nouvelle société internationale	79
3. L'abus de droit, concept technique	81
VI. Les conséquences juridiques de l'abus de droit	83
 TROISIÈME PARTIE. L'ATTITUDE DU DROIT INTERNATIONAL	
A L'ÉGARD DE LA THÉORIE DE L'ABUS DE DROIT	97
I. L'abus de droit et les sources du droit international	98
1. Droit conventionnel	99
2. Droit coutumier	102
3. Principes généraux de droit	105
4. Principes fondamentaux du droit international	110
Conclusions	112
II. Naissance et contenu des règles coutumières	112
1. La naissance des règles coutumières	112
2. L'imprécision des règles du droit international	114
III. Les conflits de souverainetés	117
IV. Bonne foi et abus de droit	123
V. Équité et abus de droit	127
VI. Courtoisie et abus de droit	131
VII. L'abus de droit et les lacunes du droit des gens	134
VIII. L'ordre public, la « <i>clausula rebus sic stantibus</i> » et l'abus de droit	140
1. L'ordre public	140
2. La <i>clausula rebus sic stantibus</i>	141
IX. Les effets présumés de la théorie de l'abus de droit en droit international	143
1. Effets statiques	143
2. Effets dynamiques	145
 CONCLUSIONS	 149
BIBLIOGRAPHIE	161
TABLE DES MATIÈRES	171

ACHEVÉ D'IMPRIMER
LE 15 OCTOBRE MCMLVIII
SUR LES PRESSES DE L'IMPRIMERIE CENTRALE
A NEUCHÂTEL (SUISSE)

